

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85762>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

NJ 2010, 294: Verkrijgende verjaring erfdienstbaarheid van overpad; art. 95 Overgangswet nieuw BW; tijdstip aanvang bezit; tijdstip beoordeling goede trouw; eenmaal te goeder trouw blijft te goeder trouw; bezit erfdienstbaarheid te goeder trouw ingeval door fout notaris geen vestigingsakte is ingeschreven?; art. 3:23 BW.

NJ 2010, 294: Verkrijgende verjaring erfdienstbaarheid van overpad; art. 95 Overgangswet nieuw BW; tijdstip aanvang bezit; tijdstip beoordeling goede trouw; eenmaal te goeder trouw blijft te goeder trouw; bezit erfdienstbaarheid te goeder trouw ingeval door fout notaris geen vestigingsakte is ingeschreven?; art. 3:23 BW.

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	5 februari 2010
Magistraten:	Mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, F.B. Bakels	Zaaknr:	08/00512
Conclusie:	plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense	LJN:	BK6588
Roepnaam:	Rodewijk/Bouwman	Noot:	F.M.J. Verstijlen
BW art. 3:23, 3:99, 3:118, 5:70, 5:72, 5:73; Ow Nieuw BW, art. 95			

Essentie
|
Samenvatting
|
Partijen
|
Snel naar: Voorgaande uitspraak
|
Conclusie
|
Uitspraak
|
Noot
Essentie

Verkrijgende verjaring erfdienstbaarheid van overpad; art. 95 Overgangswet nieuw BW; tijdstip aanvang bezit; tijdstip beoordeling goede trouw; eenmaal te goeder trouw blijft te goeder trouw; bezit erfdienstbaarheid te goeder trouw ingeval door fout notaris geen vestigingsakte is ingeschreven?; art. 3:23 BW.

Ingevolge art. 95 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek wordt bezit verkregen op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet indien de vereisten die de bepalingen van titel 5 van Boek 3 daarvoor stellen, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond. De beoordeling van de overige eisen die — naast bezit — moeten worden gesteld voor rechtverkrijgende verjaring, meer in het bijzonder de eis van goede trouw, moet plaatsvinden naar het moment waarop daadwerkelijk een zodanige machtspositie ontstond van degene die zich op verjaring beroept, dat deze met ingang van 1 januari 1992 als bezitter daarvan heeft te gelden.

Zelfs als de bezitter te goeder trouw ontdekt dat hij geen rechthebbende is, heeft dit niet tot gevolg dat hij niet langer als bezitter te goeder trouw heeft te gelden (art. 3:118 lid 2 BW). Ingeval bij de levering van een perceel naar de bedoeling van partijen ten behoeve van dit perceel een recht van overpad zou worden gevestigd en door de notaris een (vestigings)akte is opgesteld doch door een fout van de notaris daarin niet een recht van overpad is vastgelegd en dus evenmin in de openbare registers is ingeschreven terwijl de beoogde verkrijger van de erfdienstbaarheid het desbetreffende verzuim in de vestigingsakte niet heeft opgemerkt en is

gesteld noch gebleken is dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt, staat aan een beroep op goede trouw van degene die meent het beoogde recht daadwerkelijk te hebben verkregen, niet in de weg dat hij bij latere raadpleging van de registers het verzuim in de vestigingsakte zou hebben opgemerkt.

Samenvatting

Naar boven

In 1983 hebben verweerders in cassatie, verder: Bouwman, één van twee nabij elkaar gelegen percelen gekocht, die beide eigendom waren van de verkoopster. Daarbij werd onder meer overeengekomen de vestiging van een recht van overpad ten laste van het erf van verkoopster. In de daaropvolgende leveringsakte van 14 oktober 1983 wordt verwezen naar een separate akte van vestiging van erfdienstbaarheden; bij vestigingsakte, die eveneens ten overstaan van dezelfde notaris op 14 oktober 1983 is verleden, zijn verschillende erfdienstbaarheden gevestigd maar ontbreekt een verwijzing naar de vestiging van de erfdienstbaarheid ten behoeve van Bouwman en ten laste van het perceel van verkoopster. Het perceel van verkoopster is uiteindelijk door eisers tot cassatie, verder: Rodewijk, gekocht en in eigendom verworven. In de desbetreffende leveringsakte wordt verwezen naar de akte van vestiging van erfdienstbaarheden. In 2003 is tussen Bouwman en Rodewijk verschil van mening ontstaan over de vraag of Bouwman recht van overpad heeft over het perceel van Rodewijk. Bouwman heeft in eerste aanleg de medewerking van Rodewijk aan de vestiging bij notariële akte van het recht van overpad gevorderd. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen. Het hof heeft het beroep van Bouwman op verjaring ex art. 3:99 BW (bezit te goeder trouw) gehonoreerd en de vordering toegewezen. Het tegen dit arrest gerichte cassatiemiddel bevat onder meer de klacht dat het hof de goede trouw van Bouwman ten onrechte heeft beoordeeld met als peildatum 14 oktober 1983 in plaats van 1 januari 1992, en diens gevolg heeft verzuimd het op die datum ingevoerde art. 3:23 BW in zijn beoordeling te betrekken, dat tot een andere beslissing moet leiden.

Ingevolge art. 95 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek wordt bezit verkregen op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet, indien de vereisten die de bepalingen van titel 5 van Boek 3 daarvoor stellen, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond. De beoordeling van de overige eisen die — naast bezit — moeten worden gesteld voor rechtverkrijgende verjaring, meer in het bijzonder de eis van goede trouw, dient plaats te vinden naar het moment waarop daadwerkelijk een zodanige machtspositie ontstond van degene die zich op verjaring beroept met betrekking tot het desbetreffende goed, dat deze met ingang van 1 januari 1992 als bezitter daarvan heeft te gelden. Daarom moet de vraag of het — op zichzelf onbetwiste — bezit van Bouwman van het recht (de erfdienstbaarheid) van overpad te goeder trouw was, worden beantwoord aan de hand van hetgeen hij op 14 oktober 1983 wist of behoorde te weten omtrent de (uitgebleven) inschrijving van de akte van vestiging van de tussen hem en de (eerste) verkoopster overeengekomen erfdienstbaarheid.

Het oordeel van het hof dat het "bezit" van Bouwman van het recht van overpad op het voetpad op 14 oktober 1983 te goeder trouw was, is in cassatie — terecht — niet bestreden. Art. 3:118 lid 2 BW brengt dan mee dat Rodewijk geen belang heeft bij de klacht over art. 3:23. Ook al zou laatstgenoemde bepaling meebrengen dat het beroep op goede trouw van iemand die na 1 januari 1992 bezit heeft verkregen van een erfdienstbaarheid van overpad, niet kan worden aanvaard als uit de openbare registers blijkt dat geen vestigingsakte is ingeschreven, dan nog zou art. 3:118 lid 2 BW ertoe leiden dat Bouwman geacht wordt te goeder trouw te blijven. Zelfs als de bezitter te goeder trouw ontdekt dat hij geen rechthebbende is, heeft dit niet tot gevolg dat hij niet langer als bezitter te goeder trouw heeft te gelden; hetzelfde geldt als op een te goeder trouw aangevangen bezit art. 3:23 BW van toepassing wordt.

Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen. Bij de levering door verkoopster van het perceel aan Bouwman zou naar de bedoeling van partijen ten behoeve van dit perceel mede een recht van overpad op het voetpad worden gevestigd. Op 14 oktober 1983 is door de notaris een ‘akte van overeenkomst’ opgesteld met betrekking tot het vestigen van erfdienstbaarheden op de percelen waarover het betrokken overpad liep. Hoewel ook Bouwman als (toekomstige) eigenaar van zijn perceel hierbij compareerde, is door een fout van de notaris echter niet een recht van overpad op het voetpad ten behoeve van Bouwman vastgelegd en dus evenmin in de openbare registers ingeschreven. Bouwman heeft het desbetreffende verzuim in de vestigingsakte niet opgemerkt en het hof heeft — in cassatie onbestreden — geoordeeld dat gesteld noch gebleken is dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt. In een zodanig geval staat aan een beroep op goede trouw van degene die, zoals Bouwman, meent het beoogde recht daadwerkelijk te hebben verkregen, niet in de weg dat hij bij latere raadpleging van de registers het verzuim in de vestigingsakte zou hebben opgemerkt.

Partij(en)

Naar boven

1. O.J. Rodewijk,

2. G.H.C. van Hameren, beiden te Roelofsarendsveen, gemeente Alkemade, Rodewijks tot cassatie, adv.: mr. P.J.L.J. Duijsens,

tegen

1. J.H. Bouwman,

2. M.T. Sanders, beiden te Roelofsarendsveen, gemeente Alkemade, verweerders in cassatie, adv.: mr. L.A. van der Niet.

Uitspraak

Naar boven

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1.

Het gaat in deze zaak, samengevat, om het volgende.

1.1.

In 1983 was Johanna Apolonia de Jong (verder: De Jong) eigenares van Noordeinde 86 te Roelofsarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192) alsmede van Noordeinde 92 te Roelofsarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192). Bouwman huurde toen Noordeinde 92 van De Jong.

1.2.

Bij koopovereenkomst van 11 augustus 1983 heeft De Jong Noordeinde 92 aan Bouwman verkocht. In de koopovereenkomst is onder meer opgenomen:

‘(...) Gevestigd worden de volgende erfdienstbaarheden: Aan de zuidzijde looppad over en weer om te komen en te gaan naar de weg (Noordeinde) en de achterliggende tuin. Aan de noordzijde mag de dichtgemaakte sloot tussen de percelen K 192 en K 187 nooit bebouwd worden, er ligt recht van weg ten gunste van perceel 187 en recht van overpad voor de eigenaars en opvolgende eigenaars van perceel K 192. tevens die erfdienstbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen Noordeinde 92, 90 en 86, welke door genoemde notaris Moussault zullen worden geredigeerd. (...)’

1.3.

Noordeinde 92 is bij notariële akte van 14 oktober 1983, verleden ten overstaan van notaris mr. H.F.G. Moussault, aan Bouwman geleverd. In die akte (waarin met ‘comparante sub I’ De Jong en met ‘comparanten sub II’ Bouwman wordt bedoeld) staat, voor zover van belang, onder meer:

‘(...) De comparante sub I verklaarde te hebben verkocht en bij deze in eigendom over te

dragen aan de comparanten sub II, die verklaarden te hebben gekocht en in eigendom, ieder voor de onverdeelde helft, te aanvaarden:

–het woonhuis met ondergrond, schuur en tuin, liggende te Roelofarendsveen aan het Noordeinde 92, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte (...) van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192.

(...)

De comparanten verklaarden tevens dat zij voor speciale bepalingen en erfdienstbaarheden verwijzen naar een acte van overeenkomst en vestiging erfdienstbaarheden, heden voor mij, notaris, verleden. (...)

1.4.

Op 14 oktober 1983 is ten overstaan van voornoemde notaris Moussault door De Jong als eigenares van Noordeinde 86, W.C. van Veen als eigenaren van Noordeinde 90 te Roelofarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192) en Bouwman als eigenaar van Noordeinde 92 een acte van overeenkomst opgesteld met betrekking tot het vestigen van erfdienstbaarheden op de betrokken percelen. In die acte (waarin met ‘comparante sub I’ De Jong, met ‘comparanten sub II’ W.C. van Veen c.s. en met ‘comparanten sub III’ Bouwman wordt bedoeld) staat, voor zover van belang, het volgende:

‘(...)

De comparanten verklaarden:

–dat de comparante sub I eigenaresse is van:

A. het woonhuis met verdere toebehoren en tuinland, liggende te Roelofarendsveen aan het Noordeinde 86/88 en kadastraal bekend gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, (...) met uitzondering van de hierna sub B. en C. te melden onroerende goederen;

–dat de comparanten sub II eigenaren worden van:

B. 1. het woonhuis (...) liggende te Roelofarendsveen aan het Noordeinde 90, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte (...) van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192;

2. een perceel tuinland, liggende ten westen van het hierna sub C. te melden onroerende goed (...);

–dat de comparanten sub III eigenaren worden van:

C. het woonhuis (...) liggende te Roelofarendsveen aan het Noordeinde 92, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte, (...) waarvan de westgrens wordt bepaald door de westzijde van de huidige in de grond gelegen drainage, van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192.

De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen:

(...)

4. Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis, Noordeinde 90 en ten laste van het sub B. 1 en 2. en C. gemelde onroerende goederen de erfdienstbaarheid van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed.

5. Ten behoeve van het sub B.1. gemelde onroerende goed en ten laste van het sub C. gemelde onroerende goed de erfdienstbaarheid van voetpad liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub B.2. gemelde onroerende goed.

(...)

1.5.

Op 12 juli 1984 hebben De Jong enerzijds en B.W. van Veen en W.J. de Jong (hierna: B.W.

van Veen c.s.) anderzijds een koopovereenkomst gesloten tot verkoop van Noordeinde 86 aan B.W. van Veen c.s. Bij notariële akte van 5 oktober 1984 is Noordeinde 86 aan B.W. van Veen c.s. geleverd. Die akte luidt, voor zover van belang, als volgt:

‘(...)

De comparanten verklaarden nog dat zij voor bestaande erfdiensbaaheden en speciale bepalingen verwijzen naar een akte van overeenkomst en vestiging erfdiensbaaheden, op veertien oktober negentienhonderd drie en tachtig voor mij, notaris, verleden en bij afschrift overgeschreven ten hypotheekkantore te 's-Gravenhage (...) waarin onder meer staat vermeld:

‘4.

Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis, Noordeinde 90 en ten laste van het sub B.1 en 2 en C. gemelde onroerende goed de erfdiensbaaheden van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B. gemelde onroerende goed’

(...)

en naar een koopakte, op twaalf juli negentienhonderd vier en tachtig verleden voor mij, notaris, (...) waarin onder meer staat vermeld:

‘De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen:

(...)

‘4.

Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voor zover liggende ten oosten van het woonhuis Noordeinde 90 en ten laste van het sub B.1 en 2. en C. gemelde onroerende goederen de erfdiensbaaheden van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voor zover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed. (...)

De comparanten verklaarden bij deze te vestigen ten behoeve van het bij deze akte verkochte gedeelte van gemeld kadastrale perceel nummer 192 en ten laste van het aan de verkoopster verblijvende gedeelte van gemeld kadastrale perceel nummer 192, de hiervoor onder ‘4’ aangehaalde erfdiensbaaheden van voetpad om te komen van en te gaan naar het Noordeinde.’

(...)’

1.6.

Op 17 maart 1992 hebben B.W. van Veen c.s. en Rodewijk een koopovereenkomst gesloten tot verkoop van Noordeinde 86 aan Rodewijk. Bij notariële akte van 1 juni 1992 is Noordeinde 86 aan Rodewijk geleverd. Deze akte houdt, voor zover van belang, het volgende in:

‘(...)

Omschrijving erfdiensbaaheden, kwalitatieve bedingen en/of bijzondere verplichtingen Met betrekking tot bekende erfdiensbaaheden (...) wordt verwezen naar gemelde aankomsttitel, waarin woordelijk staat vermeld:

‘De comparanten verklaarden nog dat zij voor bestaande erfdiensbaaheden en speciale bepalingen verwijzen naar een akte van overeenkomst en vestiging erfdiensbaaheden, op veertien oktober negentienhonderd drie en tachtig voor mij, notaris verleden (...) waarin onder meer staat vermeld:

‘4.

Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis, Noordeinde 90 en ten laste van het sub B.1. en 2. en C. gemelde onroerende goed

de erfdiensbaarheid van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed.’

(...)

en naar een koopakte op twaalf juli negentiehonderd vier en tachtig verleden voor mij, notaris

(...) waarin onder meer staat vermeld:

‘De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen:

(...)

De comparanten verklaarden bij deze te vestigen ten behoeve van het bij deze akte verkochte gedeelte van gemeld kadastrale perceel nummer 192 en ten laste van het aan de verkoopster verblijvende gedeelte van gemeld kadastrale perceel nummer 192, de hiervoor onder ‘4’ aangehaalde erfdiensbaarheid van voetpad om te komen van- en te gaan naar het Noordeinde’’

(...)

1.7.

In 2003 is tussen Bouwman en Rodewijk verschil van mening gerezen over het al dan niet bestaan van een recht van Bouwman om gebruik te maken van het gedeelte van het voetpad dat eigendom van Rodewijk is alsmede over de wijze van gebruikmaking van het voetpad door Bouwman respectievelijk Rodewijk. Bij brief van 15 januari 2004 is Rodewijk namens Bouwman aangemaand tot medewerken aan het vestigen van een recht van overpad in de vorm van een erfdiensbaarheid ten behoeve van de percelen Noordeinde 90 en 92 en terzake, voor het geval hij niet zou medewerken, in gebreke gesteld.

1.8.

In eerste aanleg vorderde Bouwman, kort gezegd, primair Rodewijk te bevelen mee te werken aan het verlijden van een notariële akte waarin een zakelijk recht van overpad wordt gevestigd ten behoeve van Noordeinde 92 en ten laste van Noordeinde 86, subsidiair Rodewijk te verbieden de op Noordeinde 86 gelegen buurweg voor Bouwman af te sluiten en meer subsidiair aanwijzing van het op Noordeinde 86 gelegen pad als noodweg voor Bouwman. Met betrekking tot zijn primaire vordering voerde Bouwman aan dat Rodewijk op grond van de redelijkheid en de billijkheid gehouden is mee te werken aan het alsnog vestigen van een recht van overpad nu het litigieuze pad al jarenlang door Bouwman gebruikt wordt als toegangsweg, het pad ook de enige toegangsweg voor Bouwman is van en naar de openbare weg en ook de bewoners van Noordeinde 90 gebruik maken van het pad als toegangsweg naar hun percelen. Rodewijk voerde gemotiveerd verweer en vorderde zijnerzijds, eveneens kort gezegd, veroordeling van Bouwman om geen gebruik te maken van de grond behorende bij Noordeinde 86 alsmede veroordeling van Bouwman tot betaling van schadevergoeding wegens gebruik vanaf 1992 door Bouwman van de grond van Rodewijk.

1.9.

Na ambtshalve te zijn ingegaan op de vraag of er een recht van overpad door verjaring is ontstaan en die vraag negatief te hebben beantwoord, oordeelde de rechtbank dat er geen bijzondere rechtsverhouding tussen partijen bestaat op grond waarvan Rodewijk gehouden is mee te werken aan het vestigen van een recht van overpad, dat geen sprake is van een buurweg en dat Bouwman met betrekking tot de aanwijzing van het pad als noodweg onvoldoende heeft aangevoerd en wees zij de vorderingen van Bouwman af. De vordering van Rodewijk tot veroordeling van Bouwman om geen gebruik te maken van het pad behorende bij Noordeinde 86 wees zij toe en die tot veroordeling van Bouwman tot betaling van schadevergoeding af.

2.

De grieven leggen het geschil, afgezien van de vaststelling van de feiten, in volle omvang ter

beoordeling voor. In hoger beroep stelt Bouwman zich voorts (primair) op het standpunt dat er door verjaring een recht van overpad is ontstaan. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

3.

De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat voor verkrijgende verjaring ex artikel 3: 99 BW van een recht van overpad een onafgebroken bezit van tien jaar te goeder trouw is vereist en dat de verjaringstermijn in het onderhavige geval in 1992 is gaan lopen. Niet in discussie is dat aan het vereiste van een onafgebroken gebruik van het litigieuze pad gedurende tien jaar na 1 januari 1992 door Bouwman voldaan is. Partijen verschillen evenwel van mening over het antwoord op de vraag of aan de zijde van Bouwman sprake is van gebruik krachtens bezit van een erfdienstbaarheid te goeder trouw. Met Bouwman is het hof van oordeel dat die vraag in de omstandigheden van dit geval bevestigend dient te worden beantwoord. Daartoe wordt als volgt overwogen.

4.

Vast staat dat, vóórdat Bouwman Noordeinde 92 van De Jong kocht, hij Noordeinde 92 van De Jong huurde en van het (gehele) pad (aan de zuidzijde van Noordeinde 86 tot en met 92) — kennelijk met goedvinden van De Jong, de toenmalige eigenares van Noordeinde 86 tot en met 92 — gebruik maakte teneinde te komen en te gaan van- en naar de openbare weg. Voorts staat vast dat in de koopakte van 11 augustus 1983 wordt verwezen naar een recht van overpad voor (onder andere) de eigenaar van het door Bouwman gekochte woonhuis en is bepaald dat gevestigd worden ‘die erfdienstbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen — cursivering hof — Noordeinde 92, 90 en 86’. Voorts is in de akte van levering van 14 oktober 1983 van Noordeinde 92 aan Bouwman bepaald, kort gezegd, dat er erfdienstbaarheden zijn gevestigd, waartoe in die akte verwezen wordt naar een, kennelijk eerder op dezelfde datum, verleden akte. Onder deze omstandigheden en mede gelet op de ligging van de woonhuizen Noordeinde 86 tot en met 92 zoals die uit de overgelegde foto's en kadastrale tekeningen blijkt, kon en mocht Bouwman, van wie gesteld noch gebleken is dat hij over enige juridische scholing beschikte en had moeten opmerken dat de in de koopakte genoemde erfdienstbaarheid, kennelijk abusievelijk, niet ook in de latere notariële akte was opgenomen, zich ten tijde van de levering van Noordeinde 92 redelijkerwijs bevoegd beschouwen om het litigieuze voetpad krachtens erfdienstbaarheid te gebruiken en mocht hij zich tevens redelijkerwijs bevoegd achten zijn gebruik van het voetpad — komen en gaan van- en naar de openbare weg — te continueren. Dat in de hiervoor in rechtsoverweging 1.4 geciteerde akte de litigieuze erfdienstbaarheid ten behoeve van het woonhuis van Bouwman niet is vermeld, brengt het hof niet tot een ander oordeel. Hierbij is in aanmerking genomen dat uit de stukken genoegzaam is gebleken dat het niet opnemen van de kennelijke wens van De Jong en Bouwman destijds om de litigieuze erfdienstbaarheid te vestigen, op een — destijds niet door De Jong of Bouwman opgemerkte — nalatigheid van de betrokken notaris is terug te voeren. Hetgeen overigens nog door Rodewijk is aangevoerd, brengt het hof evenmin tot een ander oordeel.

5.

Nu vast is komen te staan dat Bouwman gerekend vanaf 1 januari 1992 gedurende tien jaar te goeder trouw gebruik van het voetpad heeft gemaakt teneinde te komen en te gaan van- en naar de openbare weg, is het door Bouwman gestelde recht van overpad door verjaring ontstaan. Dit houdt in dat, nu Rodewijk de door Bouwman gevorderde bepalingen en bedingen met betrekking tot het recht van overpad niet gemotiveerd becommentarieerd heeft, de primaire vordering van Bouwman toewijsbaar is en dat de (in eerste aanleg toegewezen reconventionele) vordering van Rodewijk alsnog dient te worden afgewezen. De onder 1 primair en d. in het petitum genoemde bepaling acht het hof te onbepaald, zodat deze niet voor toewijzing aanmerking komt. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en, opnieuw rechtdoende, zal worden beslist als hierna vermeld. Bij de onderhavige uitslag past

een kostenveroordeling ten laste van Rodewijk, zowel voor de eerste aanleg als voor het hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

–vernietigt het vonnis van 6 juli 2005 van de rechtbank 's-Gravenhage, gewezen tussen partijen, en opnieuw rechtdoende:

–beveelt Rodewijk om binnen een maand na betekening van dit arrest mede te werken aan het verkrijgen van een notariële akte ten overstaan van mr. B.D. Zuidhof of diens opvolger, notaris te Oude Wetering, waarin wordt gevestigd ten behoeve van de onroerende zaak van Bouwman plaatselijk bekend Noordeinde 92 Roelofarendsveen, kadastraal bekend gemeente Alkemade sectie K was nummer 1573 en ten laste van de aan Rodewijk toebehorende onroerende zaak plaatselijk bekend Noordeinde 86 te Roelofarendsveen, kadastraal bekend gemeente Alkemade sectie K nummer 1575 een zakelijk recht van overpad onder de navolgende bepalingen en bedingen:

- a. het overpad mag niet zonder schriftelijke toestemming van de eigenaren van het heersend en dienend erf worden verlegd;
- b. de eigenaren en de bevoegde gebruikers van de onroerende zaken mogen het overpad uitsluitend gebruiken als voetpad:
 - voor mensen (al dan niet tezamen met een kinderwagen) en/of dieren aan de lijn;
 - voor een brom-, snor- en fiets aan de hand, echter uitgezonderd bij mindervaliden en invaliditeit, waarbij wel fietsend of gemotoriseerd gebruik gemaakt mag worden van het overpad;
- c. het is de eigenaren van de onroerende zaken en alle andere personen die van het overpad gebruik maken verboden vervoermiddelen van welke aard dan ook of andere zaken op het overpad te plaatsen anders dan die welke voor het directe gebruik van het overpad als zodanig vereist zijn, en zij zijn verplicht het overpad vrij van begroeiing en obstakels te houden;

Cassatiemiddelen:

Middel 1: Geen goede trouw aan de zijde van Bouwman

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof in rechtsoverweging 3 tot en met 5 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen cq beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het Hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat het bezit van Bouwman ten aanzien van een erfdienstbaarheid van overpad over het perceel van Rodewijk te goeder trouw was geweest gedurende 10 jaar na 1 januari 1992. toelichting

2.

Tot inschrijving van de akte van levering in het kadaster in oktober 1983 huurde Bouwman van mevrouw De Jong. Op 11 augustus 1983 kocht hij de woning.[2.] In de akte van levering aan Bouwman uit 1983[3.] wordt verwezen naar een notariële akte van vestiging van erfdienstbaarheden van 14 oktober 1983.[4.] Die akten zijn enkele dagen nadien ingeschreven in het Kadaster. In die laatst bedoelde akte wordt geen erfdienstbaarheid van overpad gevestigd ten laste van het perceel dat thans toebehoort aan Rodewijk ten gunste van het perceel van Bouwman, waarop Bouwman een beroep doet ten opzichte van Rodewijk.

3.

De rechtbank had geoordeeld dat Bouwman geen beroep kon doen op verkrijgende verjaring om zo alsnog een erfdienstbaarheid ten laste van Rodewijk te hebben verkregen, omdat niet

voldaan was aan het vereiste van een onafgebroken bezit van tien jaar te goeder trouw. Naar het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 3.3 van het vonnis kon goede trouw alleen maar worden aangenomen, indien vaststaat dat de bezitter zich heeft gebaseerd op een inschrijving van de erfdienstbaarheid in de openbare registers. Omdat een akte met die inhoud niet is ingeschreven in het kadaster kon naar de mening van de rechtbank geen goeder trouw worden aangenomen aan de zijde van Bouwman.

4.

De kernoverweging van Het Hof is rechtsoverweging 4, waarin het Hof — in rechtsoverweging 3 ervan uit gaande dat vast staat dat het bezit van Bouwman van het voetpad wel onafgebroken is geweest — toelicht de conclusie in rechtsoverweging 5 dat wel degelijk sprake is van 10 jaar bezit onafgebroken goeder trouw aan de zijde van Bouwman vanaf 1 januari 1992 en derhalve verkrijgende verjaring ten behoeve van Bouwman.

5.

Dienstig aan dat oordeel dat Bouwman wel degelijk 10 jaar ongebroken bezit te goeder trouw heeft, zijn primair voor het Hof de navolgende omstandigheden genoemd in rechtsoverweging 4:

- Bouwman heeft Noordeinde 92 gehuurd van De Jong voordat hij het kocht in 1983 en maakte kennelijk met goetvinden van De Jong toen gebruik van het pad om te komen van een naar de openbare weg (Noordeinde).
- In de koopovereenkomst van 11 augustus 1983 op grond van welke Bouwman kocht, wordt verwezen naar het recht van overpad voor onder andere de eigenaar van door Bouwman gekochte woonhuis is bepaald dat gevestigd worden ‘die erfdienstbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de drie woonhuizen Noordeinde 92, 90 en 86’.
- In de akte van levering van 14 oktober 1983 is bepaald dat erfdienstbaarheden gevestigd zijn waarbij wordt verwezen naar de notariële akte aangaande de erfdienstbaarheden van dezelfde datum.[5.]
- Mede gelet op de ligging van de woonhuizen
- Niet gesteld of gebleken is dat Bouwman beschikte over juridische scholing en had moeten opmerken dat in de koopakte genoemde erfdienstbaarheid, kennelijk abusievelijk, niet ook in de latere notariële akte was opgenomen
- Het Hof laat dan meewegen dat niet opnemen van de betreffende erfdienstbaarheid in de akte van verwerving van Bouwman uit 1983 zeer waarschijnlijk (‘genoegzaam is gebleken’) nalatigheid van de betrokken notaris is geweest.

6.

Het gaat om de vraag of Bouwman minstens 10 jaar bezit had en of dit bezit te goeder trouw was.

7.

Onder andere heeft Rodewijk betoogd tegen het beroep van Bouwman op verkrijgende verjaring:

1. Bij conclusie van antwoord

‘Rodewijk betwist uitdrukkelijk dat hij op grond van redelijkheid en billijkheid zou moeten meewerken. Dat een notaris een fout heeft begaan is niet erg aannemelijk. In ieder geval zijn de overgelegde aktes allemaal rechtsgeldig en ook door Bouwman ondertekend. Eventuele omissies heeft Bouwman derhalve aan zichzelf te wijten nu hij getekend heeft daar waar hij volgens zichzelf niet had moeten tekenen. Hoe het ook zij, het enkele feit dat Bouwman en/of zijn notaris eventueel een fout heeft gemaakt kan niet tot gevolg hebben dat Rodewijk nu ergens toe gedwongen wordt. Het is juist redelijk en billijk dat deze eventuele fouten voor risico van Bouwman zelf komen waarbij misschien een verhaal bij de notaris tot de mogelijkheden behoort. Onredelijk zou het zijn om Rodewijk ergens mee op te zadelen terwijl hij van niets weet en hij heeft gekocht vrij van

erfdienstbaarheden.’[6.]

2. Bij memorie van antwoord

‘5. De verwijzing van Bouwman naar alle overige stukken doet aan het voorgaande niet af. Feit blijft dat uit de openbare registers geen erfdienstbaarheid ten behoeve van Bouwman (nr. 92) en ten laste van Rodewijk (nr. 86) is af te leiden.

6. Dat er een vergissing is gemaakt door de notaris blijkt niet afdoende uit de stukken en wordt betwist. Zo er al een vergissing zou zijn gemaakt dan had dit opgemerkt moeten worden door Bouwman althans één van de andere partijen. Dat hier nooit iets van is gezegd duidt er eerder op dat er geen sprake is van een vergissing. Zo gecompliceerd is de akte ook weer niet en van Bouwman kan gevergd worden dat hij voldoende onderzoek zou hebben gedaan naar de erfdienstbaarheden. Dat hij dit niet heeft gedaan komt voor zijn risico en maakt hem niet te goeder trouw.’[7.]

8.

Bouwman huurde naar het Hof heeft vastgesteld het door hem (en zijn echtgenote) voor 14 oktober 1983 het door hem toen verworven woonhuis en maakte gebruik van het thans door Bouwman gepretendeerde overpad om van het gehuurde huis naar de openbare weg te komen.

9.

De verkrijging van zijn woning door Bouwman vond plaats in oktober 1983 en de gestelde inbezitting van de door Bouwman gestelde erfdienstbaarheid van overpad eveneens. Op grond van het toenmalige geldende wetboek kon een erfdienstbaarheid van weg of overpad in feite niet door verjaring verkregen worden gelet op de eis van artikel 744 en 747 BW dat het moest gaan om voortdurend. Onder het oude recht aanvaarde uitzonderingen hierop als bijvoorbeeld permanent boven het liggende erf aanwezige naar buiten openslaande deuren doen zich hier niet voor.[8.]

10.

In de akten van 14 oktober 1983, beiden authentieke akten, is ondertekend door Bouwman dat deze niet een erfdienstbaarheid verkreeg van overpad ten laste van (het perceel van) Rodewijk. Een authentieke akte levert ex artikel 157 RV ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen in de akte bestemd is ten behoeve van de tegenpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring, behoudens tegenbewijs, tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

11.

Verkrijgende verjaring kan naar huidig recht optreden in geval van onafgebroken bezit te goeder trouw gedurende meer dan tien jaar. Een bezitter wordt te goeder trouw geacht wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich op redelijke wijze als zodanig mag beschouwen (artikel 3:118 BW.) Pas door de invoer van het Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 zijn is verkrijgende verjaring voor het eerst ten behoeve van Bouwman gaan lopen.

12.

In de parlementaire geschiedenis is uitgewerkt dat niet slechts de bezitter die positieve redenen heeft om zich als rechthebbende te beschouwen, maar ook degene die geen redenen heeft om aan zijn recht te twijfelen, bezitter te goeder trouw kan zijn ex artikel 3:118 BW. Wanneer bezit te goeder trouw eenmaal gestart is blijft het voortduren. Voor wat betreft te goeder trouw komt het aan op een objectief criterium ex artikel 3:11 BW:

‘Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen.’

13.

Het komt aan op de vraag of iemand de feiten of het recht had behoren te kennen of met de

mogelijkheid van de ware stand van de feiten of het recht rekening had behoren te houden.

14.

Ten aanzien van registergoederen is voorts een nadere uitwerking gegeven ten aanzien van te goeder trouw in artikel 3:23 BW, waarin is bepaald:

‘het beroep van een verkrijger van een registergoed op goeder trouw, wordt niet aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep onbekendheid met feiten, die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend.’

15.

Het huidige recht is van toepassing op de aanvang, duur en aard van een termijn ex artikel 73 Overgangswet BW in geval van een verjaringstermijn van langer dan een jaar.

16.

Bezit en houderschaap worden verkregen met het in werking treden van het huidige wetboek ex artikel 105 Overgangswet BW, indien de vereisten, die de bepalingen van titel 5 van Boek 3 daarvoor stellen, reeds voor in werking treden van het huidige wetboek vervuld waren, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond. Verkrijgende verjaring van een niet voortdurende erfdiensbaarheid, zoals hier, was toen nog niet mogelijk.

17.

Waar de verkrijgende verjaring ten behoeve van Bouwman pas ging lopen op 1 januari 1992 door in werking treding van het huidige BW is artikel 3:23 BW van toepassing op de vraag of Bouwman te goeder trouw bezitter was en is niet het in 1983 geldende recht van toepassing op de vraag of Bouwman te goeder trouw heeft verkregen, voor zover artikel 3:23 BW geacht moet worden van het daarvoor geldende recht af te wijken. Vergelijk prof. Kleijn in zijn noot onder het onder het oude recht gewezen arrest Mulder/Aartsen:[9.]

‘Intussen zijn er ook lijnen die leiden naar de opvatting, dat alleen rechtsbescherming toekomt aan degeen van wie gezegd kan worden dat hij na enig (min of meer gebruikelijk) onderzoek de werkelijke toestand niet had kunnen ontdekken (vgl. Hof Arnhem 25 mei 1971, *NJ* 1971, 334). Zo bepaalt het NBW in art. 3.1.2.6 dat het beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw niet wordt toegelaten, wanneer dit zou insluiten een beroep op onbekendheid met feiten welke door raadpleging van de registers zouden worden gekend.

Voorts bepaalt dit Wetboek ten aanzien van bezit in art. 3.5.12 dat een bezitter te goeder trouw is, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijs als zodanig mocht beschouwen. Ten aanzien van dit redelijkerwijs mogen beschouwen, vergelijk men HR 30 jan. 1959, *NJ* 1959, 548 (Quint — Te Poel), waar een aannemer het beroep op goede trouw werd ontzegd, omdat hij door raadpleging van de openbare registers had kunnen weten, dat hij ging bouwen op grond van een ander dan de aanbesteder; anders dan Veegens in zijn noot in de *NJ* 1959, 548, betwijfelt Beekhuis in zijn noot in *Ars Aequi* VIII, pag. 176, of het raadplegen van de registers onder alle omstandigheden gebruikelijk is. Zie over dit alles ook Wiarda in WPNR 4567 en 4568.

Kan men zeggen, dat van een koper van een onroerend goed geeist mag worden dat hij (bijv. via de tussenkomst van zijn makelaar of notaris) kennis neemt van de kadastrale kaarten bij de verkrijging van een onroerend goed? Laat hij dit na, is dat dan voor zijn risico, in die zin dat hij zich niet mag beroepen op de bewijsveronderstelling ten aanzien van de goede trouw als bedoeld in art. 2002 BW (art. 3.5.12 NBW)? M.a.w., het lijkt dan in overeenstemming met de redelijkheid als degeen die zich bij registergoederen op goede trouw beroept, niet reeds krachtens de wet verondersteld wordt deze goede trouw te hebben, indien hij door raadpleging van de registers beter had kunnen weten. Hij zal dan van zijn kant moeten bewijzen dat hij desondanks rechtsbescherming dient te krijgen, bijv. door het bewijs dat raadpleging in gevallen als het zijne onmogelijk of ongebruikelijk is.

Aangezien het bij aankoop van een onroerend goed wettelijk verplicht is een notaris in te schakelen en gebruikelijk is een makelaar in te schakelen, ligt het voor de hand hierbij

gebruik te maken van hun deskundigheid. Er is dan veel voor te zeggen de mate van deskundigheid van deze ingeschakelde deskundigen toe te rekenen aan de opdrachtgever voor wat betreft de gebruikelijkheid en de mogelijkheid van een bepaald onderzoek.’

18.

Het gaat daarbij niet zozeer om of de registers feitelijk zijn geraadpleegd, maar wat men had kunnen weten indien registers zouden zijn geraadpleegd. Er wordt in feite een onderzoeksplicht gelegd op degene die onroerend goed verkrijgt naar in ieder geval het Kadaster. De toelichting bij verkrijgende verjaring (artikel 3:99 BW) is opgemerkt met name ten aanzien van registergoederen:

‘Uit deze algemene regels voor bezit volgt dat een beroep op de verkrijgende verjaring van de onderhavige titel slechts met vrucht worden gedaan, indien de bezitter zich na 6981 de verkrijging van zijn bezit als rechthebbende beschouwde en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen. Gaat het om een registergoed waarvan de bezitter het bezit, bijv. bij overdracht uit hoofde van een koopovereenkomst, heeft verkregen, dan zal hij zich slechts als rechthebbende mogen beschouwen, indien bij de levering is voldaan aan de eisen, in artikel 3.4.2.4. gesteld, te weten een notariële akte en inschrijving daarvan in de registers’.

19.

Slechts bij uitzondering is onder het tot 1992 geldende recht goede trouw aanvaard ten aanzien van kadastergoederen, wanneer de werkelijke situatie afweek van de in het kadaster opgenomen situatie, onder andere:

- Mulder/Aartsen:[10.] niet zozeer uit de kadastrale akte zelf maar uit de kaarten was op te maken dat een strook land, die de verkrijger meende verkregen te hebben en welke strook achter het hek (dat de feitelijke grens vormde) lag, zodat de verkrijger te goeder trouw het bezit uitoefende ten aanzien van de strook bij het hek.
- Goedhart/Van den Berg:[11.] Niet zozeer uit de kadastrale akte zelf als wel uit de kaarten was op te maken dat een landtong, die de rechtsvoorganger aan de verkrijger ter beschikking had gesteld, niet behoorde tot het verkregen kadastrale perceel, waarbij uitgangspunt was dat de akte zelf wel maar de kaarten niet deel uitmaakte van de openbare registers ex artikel 671 BW: uit de akte zelf had Bouwman niet hoeven opmaken dat hij te weinig geleverd had gekregen.

20.

Toegepast op de onderhavige casus en de bestreden rechtsoverwegingen 4 en 5 van het Hof:

21.

De verkrijgende verjaring op grond van bezit te goeder trouw door Bouwman van een erfdienstbaar van overpad over het perceel van Rodewijk is pas gestart op 1 januari 1992 zodat het Hof in de bestreden rechtsoverwegingen miskend heeft dat dit bezit van Bouwman en de vraag of het te goeder trouw was moet worden beoordeeld naar de situatie van in werking treden van het huidige recht en de aanvang van de verkrijgende verjaring — in 1992, waar hij zich op beroept — en niet zozeer naar de datum, waarop Bouwman de gestelde erfdienstbaarheid in bezit nam op 14 oktober 1983, maar er toen acht jaar lang, tot 1 januari 1992, geen verkrijgende verjaring liep ten gunste van hem. Het Hof heeft ten onrechte het bezit en de goede trouw van Bouwman beoordeeld naar de situatie van oktober 1983.

22.

Bij memorie van grieven[12.] heeft Bouwman betoogd dat de goede trouw van het bezit van Bouwman door Bouwman werd gebaseerd op de koopovereenkomst van 11 augustus 1983[13.] en niet op de akte van levering en de akte van erfdienstbaarheden van 14 oktober 1983. Het Hof heeft dit oordeel overgenomen: de goede trouw van Bouwman op de datum van de levering — 14 oktober 1983 — wordt door het Hof gebaseerd op die koopovereenkomst en niet op inhoud van de akten van 14 oktober 1983, waarin juist geen erfdienstbaarheid van overpad werd verleend aan Bouwman. Omdat hij — gelet op de

huurovereenkomst en de koopovereenkomst uit de periode voor oktober 1983 — de erfdienstbaarheid mocht verwachten in oktober 1983 volgens het Hof, is Bouwman vervolgens, toen die vestiging van de erfdienstbaarheid van overpad uitbleef, toch te goeder trouw. Dit oordeel is rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd door het Hof, althans is onbegrijpelijk zonder nadere toelichting die ontbreekt, mede gelet op de stellingen van partijen.[14.] De inhoud van hetgeen wordt overgedragen en waarvan bezit wordt verschaft blijkt uit de akte van levering, en hier de akte van erfdienstbaarheid van 14 oktober 1983.[15.] De koopovereenkomst geeft slechts het recht op levering weer, de verwachting. Pas bij levering om te komen tot overdracht — hier in oktober 1983 — wordt duidelijk of ook alles wat verwacht wordt, verkregen wordt. Wanneer een verwachting niet uitkomt en er wel een aanspraak op is, zou Bouwman ten opzichte van de toenmalige vervreemder vanaf die datum primair een recht op alsnog levering (en aanvullend een secundaire vordering tot schadevergoeding) hebben gehad. De verwachting eigenaar te worden, is onvoldoende voor goede trouw van bezit, wanneer er niet een duidelijke positieve bevestiging zou zijn gevolgd bij levering en overdracht dat die verwachting uitkwam. Die bevestiging in de akte van levering is de grondslag en aanvang van bezit,[16.] die nu juist ontbrak. Zo het Hof dit niet heeft miskend is Hofs oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd mede in het licht van de stellingen van partijen.[17.]

23.

Ten onrechte althans onbegrijpelijk heeft het Hof relevant geoordeeld, de huurovereenkomst zoals die heeft gegolden tussen Bouwman en zijn rechtsvoorgangster mevrouw De Jong, toen hij het huis nog huurde van haar, zijn niet relevant, althans niet zonder nadere toelichting van het Hof, die ontbreekt, voor de vraag of het bezit door Bouwman van de erfdienstbaarheid van overpad over het perceel van Rodewijk te goeder trouw was, waar op grond van de huurovereenkomst Bouwman nu juist niet bezitter was, maar houder en wel als huurder van mevrouw De Jong en zijn houderschap voort zou duren tenzij met medewerking van mevrouw De Jong dat houderschap zou worden omgezet in bezit. Dat die huurovereenkomst ten aanzien van de bezitsverkrijging door Bouwman en de eventuele goede trouw van Bouwman ten aanzien van dat bezit van belang zijn, is in dat licht ten onrechte althans zo het Hof het voorgaande niet heeft miskend, is Hofs oordeel is onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd, juist het eerdere houderschap van Bouwman op grond van de huurovereenkomst maakt de levering en overdracht van oktober 1983 en de tekst daarvan van meer belang.

24.

Het Hof heeft voor wat betreft de vraag of Bouwman 10 jaar te goeder trouw bezit ten aanzien van de verkrijging van het bezit van de gepretendeerde erfdienstbaarheid van overpad ten behoeve van Bouwman en ten laste van Rodewijk had respectievelijk of goede trouw ontbreekt in de bestreden rechtsoverwegingen 4 en 5 miskend de bewijskracht van akten, en met name authentieke akten mede in het licht van de eis van uitleg van authentieke akten:[18.] de partijbedoeling wordt afgeleid uit de bewoordingen van een authentieke akte, waar Bouwman in de akte van levering en in de akte van erfdienstbaarheid van 14 oktober 1983[19.] ondertekend heeft (derhalve de heer en mevrouw Bouwman) dat hij juist niet een erfdienstbaarheid van weg ten behoeve van Bouwman en ten laste van (het perceel) van Rodewijk verkreeg, althans Hofs oordeel is onbegrijpelijk gemotiveerd, mede in het licht van de stellingen van partijen.[20.]

25.

Het Hof heeft in de bestreden rechtsoverwegingen 4 en 5 miskend, althans Hofs oordeel is onbegrijpelijk mede in het licht van de stellingen van partijen,[21.] althans het oordeel van het Hof is niet inzichtelijk gemotiveerd door derden, dat goede trouw aan de zijde van Bouwman ontbreekt niet alleen, indien Bouwman de feiten of het recht, waarop zijn goede

trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen en dat onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als die de feiten of het recht behoorde te kennen: het gaat om een objectief criterium en Bouwman wist dan wel kon weten uit raadpleging van die authentieke akten uit 1983, dat hij niet een zodanige erfdienstbaarheid in bezit had respectievelijk niet een zodanige erfdienstbaarheid had verkregen van zijn toenmalige rechtsvoorganger mevrouw De Jong, met name gelet op de omstandigheid dat hij zelfs zelf partij was bij die akten van 14 oktober 1983. De door het Hof aangehaalde omstandigheden als juridische kennis van Bouwman, de koopovereenkomst en de huurovereenkomst zijn persoonlijke omstandigheden van Bouwman, die onder de omstandigheden van dit geval in ieder geval, niet relevant zijn, althans niet zonder nadere toelichting de relevantie hebben, die het Hof hieraan toekent: wat zou ten aanzien van een objectieve derde, die eigenaar is van het perceel van Bouwman en over het perceel van Rodewijk naar de weg wil, van toepassing zijn?

26.

Het Hof heeft in de bestreden rechtsoverwegingen 4 en 5 miskend, althans Hofs oordeel is onbegrijpelijk in het licht van de stellingen van partijen[22.] dat aanvaard wordt door het Hof dat Bouwman te goeder trouw was ten aanzien van zijn bezit van de erfdienstbaarheid van overpad ten behoeve van Bouwman ten laste van Rodewijk, waar Bouwman uit raadpleging van het Kadaster ten aanzien van de door henzelf ondertekende authentieke akten uit 1983 had kunnen en moeten opmerken dat hij niet een zodanige erfdienstbaarheid in bezit had respectievelijk niet een zodanige erfdienstbaarheid had verkregen van zijn toenmalige rechtsvoorganger mevrouw De Jong.

27.

Ten onrechte heeft het Hof miskend, althans heeft het Hof onvoldoende gewicht toegekend aan de omstandigheid dat Bouwman uit de akte van verwerving van zijn onroerend goed in 1983 in samenhang met de akte van erfdienstbaarheden van 14 oktober 1983 uit die in de registers opgenomen akten zelf en of zonder kennisneming van kadastrale kaarten had kunnen opmaken dat in die akten niet de door Bouwman ingeroepen erfdienstbaarheid van overpad over het perceel toebehorende aan Rodewijk was opgenomen, bij de beoordeling van de vraag of het bezit van Bouwman te goeder trouw was en dit in de weg staat aan het oordeel van het Hof in de bestreden rechtsoverwegingen dat sprake was van bezit te goeder trouw aan de zijde van Bouwman gedurende 10 jaar, althans Hofs oordeel is onbegrijpelijk in het licht van de stellingen van partijen.[23.]

28.

Het Hof geeft aan dat niet gebleken is dat Bouwman juridisch geschoold is. Rodewijk heeft aangegeven dat uit de akten van 14 oktober 1983 zelf opgemaakt kan worden dat Bouwman geen erfdienstbaarheid van overpad verkreeg en dat zulks redelijk eenvoudig was op te merken in die akten. Of zowel de heer Bouwman en mevrouw Bouwman nu wel of niet juridisch geschoold waren toentertijd is een omstandigheid die door het Hof ten onrechte relevant is geacht in het licht van het voorgaande, althans Hofs oordeel is op dit punt (waren zij te goeder trouw in oktober 1983 ten tijde van het verkrijgen van het bezit van het recht van overpad) onbegrijpelijk gemotiveerd mede gelet op de stellingen van partijen.[24.]

29.

Waar het Hof aangeeft dat niet gebleken is dat Bouwman extra juridische kennis heeft door 'enige juridische scholing', heeft het Hof een te hoge standaard aangelegd: het komt er niet op aan, wat Bouwman had moeten opmaken uit de akten van 14 oktober 1983, niet of Bouwman ten opzichte van een gemiddelde verstandelijk begaafde burger extra vaardigheden heeft door extra juridische kennis, maar of vast is komen te staan dat Bouwman lagere vaardigheden heeft dan een gemiddeld begaafde burger in het begrijpen van een authentieke

akte en zijn daarin afgelegde verklaring, althans zonder toelichting die ontbreekt is Hof's oordeel niet begrijpelijk op dit punt mede gelet op de stellingen van partijen.[25.] Het Hof heeft hier ten onrechte stellingen van partijen aangevuld: Bouwman heeft niet gesteld dat Bouwman minder wist dan een gemiddeld begaafde burger, maar slechts dat de notaris een fout had gemaakt. Bouwman heeft bij memorie van grieven[26.] wel gesteld dat de akte van erfdiensbaarden van 14 oktober 1983 zeer ingewikkeld was, echter dit is door het Hof niet overgenomen als een relevante omstandigheid. Wanneer het Hof bedoeld heeft de eis te stellen dat een dergelijke akte van levering en akte van erfdiensbaarden slechts voor partijen met van wie bewezen wordt dat over 'enige juridische scholing' beschikken, bindend zou zijn, zal een groot aantal akten niet bindend blijken en zal de rechtszekerheid en de mate waarin derden af kunnen gaan op de inhoud van dergelijke akten aanzienlijk ondergraven worden.

30.

Derhalve dient het bestreden arrest vernietigd te worden.

Naar boven

Conclusie plv. P-G mr. De Vries Lentsch-Kostense:

Inleiding

1.

In het onderhavige geding gaat het om de vraag of thans verweerders in cassatie, hierna: Bouwman c.s., krachtens verjaring op de voet van art. 3:99 BW een erfdiensbaardheid van voetpad (een zakelijk recht van overpad) hebben verkregen ten laste van het aan thans Rodewijks tot cassatie, hierna: Rodewijk c.s., in eigendom toebehorende perceel. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag of aan de zijde van Bouwman c.s. sprake is van bezit te goeder trouw nu destijds geen notariële akte van vestiging in de openbare registers is ingeschreven zodat van verkrijging van de erfdiensbaardheid door vestiging geen sprake kon zijn. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Daartegen richt zich het door Rodewijk c.s. aangevoerde cassatiemiddel.

2.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan (rov. 1.1–1.9 van het vonnis van de rechtbank in eerste aanleg van 6 juli 2005 en rov. 1.1–1.6 van het bestreden arrest van het hof):

- i) In 1983 was J.A. de Jong (verder: De Jong) eigenares van Noordeinde 86 te Roelofsarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192) alsmede van Noordeinde 92 te Roelofsarendsveen (eveneens kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192). Bouwman c.s. huurden toen Noordeinde 92 van De Jong.
- ii) Bij koopovereenkomst van 11 augustus 1983 (hierna: de koopovereenkomst) heeft De Jong Noordeinde 92 aan Bouwman c.s. verkocht. In de koopovereenkomst is onder meer opgenomen:
'(...) Gevestigd worden de volgende erfdiensbaarden: Aan de zuidzijde looppad over en weer om te komen en te gaan naar de weg (Noordeinde) en de achterliggende tuin. Aan de noordzijde mag de dichtgemaakte sloot tussen de percelen K 192 en K 187 nooit bebouwd worden, er ligt recht van weg ten gunste van perceel 002 en recht van overpad voor de eigenaars en opvolgende eigenaars van perceel K 192. Tevens die erfdiensbaarden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen Noordeinde 92, 90 en 86, welke door genoemde notaris Moussault zullen worden geredigeerd (...)'.
- iii) Noordeinde 92 is bij notariële akte van 14 oktober 1983, verleden ten overstaan van notaris mr. H.F.G. Moussault (hierna: de leveringsakte), aan Bouwman c.s. geleverd. In die akte (waarin met 'comparante sub I' De Jong en met 'comparanten sub II' Bouwman

c.s. wordt bedoeld) staat, voor zover van belang, onder meer:

‘(...) De comparante sub I verklaarde te hebben verkocht en bij deze in eigendom over te dragen aan de comparanten sub II, die verklaarden te hebben gekocht en in eigendom, ieder voor de onverdeelde helft, te aanvaarden:

–het woonhuis met ondergrond, schuur en tuin, liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 92, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte (...) van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192. (...) De comparanten verklaarden tevens dat zij voor speciale bepalingen en erfdienstbaarheden verwijzen naar een acte van overeenkomst en vestiging erfdienstbaarheden, heden voor mij, notaris, verleden. (...)’

- iv) Op 14 oktober 1983 is ten overstaan van voornoemde notaris Moussault door De Jong als eigenares van Noordeinde 86, W.C. van Veen en J.H.C. ter Napel (verder: Van Veen c.s.) als eigenaren van Noordeinde 90 te Roelofsarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192) en Bouwman c.s. als eigenaren van Noordeinde 92 een akte van overeenkomst opgesteld met betrekking tot het vestigen van erfdienstbaarheden op de betrokken percelen (hierna: de vestigingsakte). In de vestigingsakte (waarin met ‘comparante sub I’ De Jong, met ‘comparanten sub II’ Van Veen c.s. en met ‘comparanten sub III’ Bouwman c.s. wordt bedoeld) staat, voor zover van belang, het volgende:

‘(...) De comparanten verklaarden:

–dat de comparante sub I eigenaresse is van:

A. het woonhuis met verdere toebehoren en tuinland, liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 86/4 en kadastraal bekend gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, (...) met uitzondering van de hierna sub B. en C. te melden onroerende goederen;

–dat de comparanten sub II eigenaren worden van:

B. 1. het woonhuis (...) liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 90, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte (...) van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192;

2. een perceel tuinland, liggende ten westen van het hierna sub C. te melden onroerende goed (...);

–dat de comparanten sub III eigenaren worden van:

C. het woonhuis (...) liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 92, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte, (...) waarvan de westgrens wordt bepaald door de westzijde van de huidige in de grond gelegen drainage, van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192.

De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen: (...)

4. Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis, Noordeinde 90 en ten laste van het sub B. 1 en 2. en C. gemelde onroerende goederen de erfdienstbaarheid van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed.

5. Ten behoeve van het sub B. 1. gemelde onroerende goed en ten laste van het sub C. gemelde onroerende goed de erfdienstbaarheid van voetpad liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub B.2. gemelde onroerende goed.’

- v) Op 12 juli 1984 hebben De Jong enerzijds en Van Veen c.s. anderzijds een koopovereenkomst gesloten tot verkoop van Noordeinde 86 aan Van Veen c.s.. Bij notariële akte van 5 oktober 1984 is Noordeinde 86 aan Van Veen c.s. geleverd.

- vi) Op 17 maart 1992 hebben Van Veen c.s. en Rodewijk c.s. een koopovereenkomst gesloten tot verkoop van Noordeinde 86 aan Rodewijk c.s. Bij notariële akte van 1 juni 1992 is Noordeinde 86 aan Rodewijk c.s. geleverd. Deze akte houdt, voor zover van belang, het volgende in:

‘(...) omschrijving erfdienstbaarheden. Kwalitatieve bedingen en/of bijzondere verplichtingen

Met betrekking tot bekende erfdienstbaarheden (...) wordt verwezen naar gemelde aankomsttitel, waarin woordelijk staat vermeld:

‘De comparanten verklaarden nog dat zij voor bestaande erfdienstbaarheden en speciale bepalingen verwijzen naar een akte van overeenkomst en vestiging erfdienstbaarheden, op veertien oktober negentienhonderd drie en tachtig voor mij, notaris verleden (...) waarin onder meer staat vermeld:

‘4.

Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis Noordeinde 90 en ten laste van het sub B.1. en 2. en C. gemelde onroerende goed de erfdienstbaarheid van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed.’

(...)

en naar een koopakte op twaalf juli negentienhonderd vier en tachtig verleden voor mij, notaris (...) waarin onder meer staat vermeld:

‘De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen:

(...)

De comparanten verklaarden bij deze te vestigen ten behoeve van het bij deze akte verkochte gedeelte van gemeld kadastrale perceel `nummer 192 en ten laste van het aan de verkoopster verblijvende gedeelte van gemeld kadastrale perceel `nummer 192, de hiervoor onder ‘4’ aangehaalde erfdienstbaarheid van voetpad om te komen van- en te gaan naar Noordeinde’

(...))’

- vii) In 2003 is tussen Bouwman c.s. en Rodewijk c.s. verschil van mening gerezen over het al dan niet bestaan van een recht van Bouwman c.s. om gebruik te maken van het gedeelte van het voetpad dat eigendom is van Rodewijk c.s. alsmede over de wijze van gebruikmaking van het voetpad door Bouwman c.s. onderscheidenlijk Rodewijk c.s.

3.

Bouwman c.s. hebben bij inleidende dagvaarding van 26 april 2004 gevorderd — kort samengevat — primair Rodewijk c.s. te bevelen mee te werken aan het verlijden van een notariële akte waarin een zakelijk recht van overpad (een erfdienstbaarheid van voetpad) wordt gevestigd ten behoeve van het aan Bouwman c.s. toebehorende perceel Noordeinde 92 en ten laste van het aan Rodewijk c.s. toebehorende perceel Noordeinde 86. Zij stelden zich daarbij op het standpunt dat Rodewijk c.s. op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden zijn tot het alsnog vestigen van een zakelijk recht van overpad. Dit, omdat in de tussen De Jong en Bouwman c.s. gesloten koopovereenkomst van 11 augustus 1983 is opgenomen dat een recht van overpad zou worden gevestigd over het ter plaatse liggende pad, doch zulks door een fout van de notaris niet is geschied doordat dit recht van overpad abusievelijk niet is opgenomen in de notariële akte van 14 oktober 1983. En voorts omdat het litigieuze pad al jarenlang door Bouwman c.s. wordt gebruikt als toegangsweg tot hun perceel. Subsidiair hebben Bouwman c.s. gevorderd Rodewijk c.s. te verbieden het litigieuze pad af te sluiten, daartoe stellende dat het litigieuze pad dient te worden aangemerkt als buurweg als bedoeld in art. 719 (oud) BW. Meer subsidiair hebben zij gevorderd het

litigieuze pad aan te wijzen als noodweg.

Eiser c.s. hebben verweer gevoerd. Zij hebben in reconventie gevorderd Bouwman c.s. te veroordelen geen gebruik meer te maken van het litigieuze pad en Bouwman c.s. voorts te veroordelen tot schadevergoeding.

4.

Bij eindvonnis van 6 juli 2005 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage de vorderingen in conventie afgewezen. In verband met de primaire vordering (de op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde vordering Rodewijk c.s. te veroordelen alsnog mee te werken aan het vestigen van een zakelijk recht van overpad) is de rechtbank ambtshalve ingegaan op de vraag of een recht van overpad is ontstaan door verjaring. Deze vraag heeft zij ontkennend beantwoord op grond van de volgende overwegingen. De verjaringstermijn is pas gaan lopen in 1992 nu naar oud recht een recht van overpad niet door verjaring kon ontstaan. Voor verkrijgende verjaring op de voet van art. 3:99 BW is een onafgebroken bezit van tien jaar te goeder trouw vereist. Goede trouw kan alleen worden aangenomen indien vaststaat dat de bezitter zich heeft gebaseerd op een inschrijving van de erfdienstbaarheid in de openbare registers. Van een zodanige inschrijving is in casu evenwel geen sprake. De rechtbank heeft voorts de subsidiaire en meer subsidiaire vordering afgewezen. Zij heeft de vordering in reconventie toegewezen voor zover werd gevorderd Bouwman c.s. te veroordelen geen gebruik meer te maken van het pad.

5.

Op het door Bouwman c.s. tegen het eindvonnis van de rechtbank ingestelde hoger beroep waarbij Bouwman c.s. zich beriepen op verjaring ex art. 3:99 BW, heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 25 oktober 2007 het beroepen vonnis vernietigd. Het hof heeft, opnieuw recht doende, afgewezen de reconventionele vordering van Rodewijk c.s. en toegewezen de primaire vordering van Bouwman c.s. om Rodewijk te bevelen mee te werken aan het verlijden van een notariële akte waarin ten behoeve van de onroerende zaak van Bouwman c.s. en ten laste van de aan Rodewijk c.s. toebehorende onroerende zaak een zakelijk recht van overpad wordt gevestigd onder de in het dictum genoemde bepalingen. Daartoe heeft het hof overwogen als volgt. Het heeft vooropgesteld dat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat voor verkrijgende verjaring ex art. 3:99 BW een onafgebroken bezit van tien jaar te goeder trouw is vereist en dat de verjaringstermijn in het onderhavige geval pas in 1992 is gaan lopen, dat niet in discussie is dat aan het vereiste van een onafgebroken gebruik van het litigieuze pad gedurende tien jaar na 1 januari 1992 door Bouwman c.s. is voldaan, doch dat partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of aan de zijde van Bouwman c.s. sprake is van gebruik krachtens bezit van een erfdienstbaarheid te goeder trouw. Het hof heeft geoordeeld dat deze vraag in de omstandigheden van dit geval bevestigend moet worden beantwoord. Het heeft daartoe overwogen als volgt:

‘4.

Vast staat dat, vóórdat Bouwman Noordeinde 92 van De Jong kocht, hij Noordeinde 92 van De Jong huurde en van het (gehele) pad (aan de zuidzijde van Noordeinde 86 tot en met 1) — kennelijk met goedvinden van De Jong, de toenmalige eigenares van Noordeinde 86 tot en met 1 — gebruik maakte teneinde te komen en te gaan van- en naar de openbare weg. Voorts staat vast dat in de koopakte van 11 augustus 1983 wordt verwezen naar een recht van overpad voor (onder andere) de eigenaar van het door Bouwman gekochte woonhuis en is bepaald dat gevestigd worden ‘die erfdienstbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen — cursivering hof — Noordeinde 92, 90 en 86’. Voorts is in de akte van levering van 14 oktober 1983 van Noordeinde 92 aan Bouwman bepaald, kort gezegd, dat er erfdienstbaarheden zijn gevestigd, waartoe in die akte verwezen wordt naar een, kennelijk eerder op dezelfde datum, verleden akte. Onder deze omstandigheden en mede

gelet op de ligging van de woonhuizen Noordeinde 86 tot en met 1 zoals die uit de overgelegde foto's en kadastrale tekeningen blijkt, kon en mocht Bouwman, van wie gesteld noch gebleken is dat hij over enige juridische scholing beschikte en had moeten opmerken dat de in de koopakte genoemde erfdienstbaarheid, kennelijk abusievelijk, niet ook in de latere notariële akte was opgenomen, zich ten tijde van de levering van Noordeinde 92 redelijkerwijs bevoegd beschouwen om het litigieuze voetpad krachtens erfdienstbaarheid te gebruiken en mocht hij zich tevens redelijkerwijs bevoegd achten zijn gebruik van het voetpad — komen en gaan van- en naar de openbare weg — te continueren. Dat in de hiervoor in rechtsoverweging 1.4 geciteerde akte de litigieuze erfdienstbaarheid ten behoeve van het woonhuis van Bouwman niet is vermeld, brengt het hof niet tot een ander oordeel. Hierbij is in aanmerking genomen dat uit de stukken genoegzaam is gebleken dat het niet opnemen van de kennelijke wens van De Jong en Bouwman destijds om de litigieuze erfdienstbaarheid te vestigen, op een — destijds niet door De Jong of Bouwman opgemerkte — nalatigheid van de betrokken notaris is terug te voeren. Hetgeen overigens nog door Rodewijk is aangevoerd, brengt het hof evenmin tot een ander oordeel.'

6.

Eiser c.s. hebben (tijdig) cassatieberoep ingesteld. Bouwman c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht, waarna Rodewijk c.s. hebben gerepliceerd.

Het cassatiemiddel

7.

De in het middel aangevoerde klachten zijn alle gericht tegen (de motivering van) het oordeel van het hof dat het bezit van de erfdienstbaarheid van weg dat Bouwman c.s. eerst op 1 januari 1992 hebben verkregen, moet worden gekwalificeerd als bezit te goeder trouw al is geen sprake geweest van inschrijving van een akte van vestiging van de erfdienstbaarheid. Het middel bevat de algemene klacht dat 's hofs oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is. Deze klacht wordt — na een inleiding (nrs. 1–20) — in een reeks subklachten uitgewerkt (nrs. 21–29). Het middel bevat de volgende klachten:

- i) Het hof heeft het bezit en de goede trouw van Bouwman c.s. ten onrechte beoordeeld naar de situatie van oktober 1983, in plaats van naar de situatie van 1 januari 1992 (nr. 21).
- ii) Het hof heeft de goede trouw van het bezit van Bouwman c.s. gebaseerd op de koopovereenkomst en niet op de inhoud van de akte van 14 oktober 1983, waarin juist geen recht van overpad werd verleend aan Bouwman c.s. Aldus miskent het hof dat de verwachting eigenaar te worden onvoldoende is voor goede trouw, althans is 's hofs oordeel onbegrijpelijk (nr. 22).
- iii) Ten onrechte, althans onbegrijpelijk heeft het hof de huurovereenkomst zoals die gold tussen Bouwman c.s. en De Jong relevant geoordeeld voor de vraag of er sprake was van bezit van de erfdienstbaarheid te goeder trouw (nr. 23).
- iv) Het hof heeft de bewijskracht van authentieke akten miskend nu uit de door Bouwman c.s. ondertekende authentieke akte van erfdienstbaarheid juist volgt dat géén erfdienstbaarheid van weg ten behoeve van Bouwman c.s. en ten laste van Rodewijk c.s. werd gevestigd (punt 24).
- v) Het hof heeft miskend, althans terzake onbegrijpelijk geoordeeld, dat de goede trouw een geobjectiveerd criterium is; de persoonlijke omstandigheden van Bouwman c.s. zoals hun juridische kennis, de huurovereenkomst en de koopovereenkomst doen niet eraan af dat uit de authentieke akte van 14 oktober 1983 voor 'een objectieve derde' kenbaar was dat niet een erfdienstbaarheid van overpad was gevestigd (nr. 25 en nr. 28).
- vi) Het hof heeft miskend, althans terzake onbegrijpelijk geoordeeld, dat Bouwman c.s. uit het Kadaster hadden kunnen en moeten opmerken dat zij niet een erfdienstbaarheid van

- overpad hadden verkregen (nr. 26);
- vii) Het hof heeft miskend, althans onvoldoende gewicht toegekend aan, de omstandigheid dat Bouwman c.s. uit de akte van verwerving van hun onroerend goed in 1983 in samenhang met de akte van erfdiensbaaerheden van 14 oktober 1983 — zonder kennisneming van kadastrale kaarten — hadden kunnen opmaken dat in die akten niet de door Bouwman c.s. ingeroepen erfdiensbaaerheid van overpad over het perceel toebehorende aan Rodewijk c.s. was opgenomen (punt 27);
- viii) Het hof heeft ten onrechte, althans onbegrijpelijk, relevant geacht of Bouwman c.s. juridisch geschoold waren (nrs. 28 en 29).

8.

De in het middel vervatte klachten moeten worden beantwoord tegen de achtergrond van het volgende.

Het hof heeft — in cassatie onbestreden — vooropgesteld dat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat voor verkrijgende verjaring van een erfdiensbaaerheid van voetpad ex art. 3:99 BW een onafgebroken bezit van tien jaar te goeder trouw is vereist en dat de verjaringstermijn in het onderhavige geval in 1992 is gaan lopen. Het hof heeft voorts — in cassatie onbestreden — vooropgesteld dat niet in discussie is dat aan het vereiste van een onafgebroken gebruik van het litigieuze pad — dat wil zeggen het gebruik als bezitter van de erfdiensbaaerheid — gedurende tien jaar na 1 januari 1992 door Bouwman c.s. is voldaan. 's Hof's oordeel dat de verjaringstermijn voor de verkrijging van de erfdiensbaaerheid van overpad door verjaring in casu pas kon gaan lopen met ingang van 1 januari 1992 is juist. Naar het recht zoals dat gold vóór 1 januari 1992 konden immers slechts voortdurende en zichtbare erfdiensbaaerheden door verjaring worden verkregen omdat het bezit van niet-voortdurende of niet-zichtbare erfdiensbaaerheden door art. 593 (oud) BW was uitgesloten wegens het dubbelzinnige karakter van zodanig bezit. Een erfdiensbaaerheid van weg of overpad is naar oud recht niet voortdurend in de zin van art. 744 (oud) BW omdat zij slechts door menselijk handelen kan worden uitgeoefend. (Zie voor een geval waarin op deze regel een uitzondering is gemaakt overigens HR 24 september 1999, *LJN* ZC2970, *NJ* 2000, 18, m.nt. WMK.) Naar huidig recht zijn deze vereisten vervallen en kunnen alle erfdiensbaaerheden door verjaring ontstaan. Zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 194 en 195. Art. 95 Overgangswet nieuw BW bepaalt dat het bezit wordt verkregen (en verloren) op het tijdstip van het in werking treden van de nieuwe wet indien de vereisten die de nieuwe wet daarvoor stelt, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond. Het bezit van een niet-voortdurende erfdiensbaaerheid van weg wordt derhalve pas verkregen op 1 januari 1992 en de verjaringstermijn van art. 3:99 BW vangt ook pas op dat tijdstip aan, al was gemeten naar de maatstaven van het nieuwe recht al eerder sprake van bezit. Deze bepaling van overgangsrecht strekt ertoe te voorkomen dat onzeker zou blijven of en wanneer die goederen die art. 593 (oud) BW onvatbaar voor bezit verklaart (zoals niet-voortdurende en niet zichtbare erfdiensbaaerheden) volgens de nieuwe wet die een dergelijke bepaling niet kent, in het bezit komen van degene die reeds vóór de inwerkingtreding begonnen is daarover de feitelijke macht uit te oefenen. Zie de MvT bij art. 95, Parl. Gesch. Overgangswet, p. 108.

9.

In 's hofs overwegingen ligt het oordeel besloten dat in casu reeds in oktober 1983 — toen Bouwman c.s. de eigendom van het perceel Noordeinde 92 door levering verkregen — was voldaan aan de vereisten die de huidige wet stelt voor bezit van de gepretendeerde erfdiensbaaerheid van overpad. Dat wordt ook niet door partijen betwist. In confesso is, zoals gezegd, voorts dat Bouwman c.s. eerst op 1 januari 1992 het bezit van de erfdiensbaaerheid verkregen. Het gaat in casu om de vraag of dat bezit al dan niet te goeder trouw is en in het bijzonder (gelet op de cassatieklacht onder nr. 21 van het middel) ook om de vraag of het

daarbij gaat om goede trouw op het tijdstip waarop de vereisten werden vervuld die de nieuwe wet voor bezitsverkrijging stelt, dan wel om goede trouw op 1 januari 1992, het tijdstip waarop ingevolge art. 95 Overgangswet het bezit is verkregen.

10.

De vraag of sprake is van bezit te goeder trouw, kan — ook voor zover het gaat om goede trouw op het tijdstip waarop de vereisten werden vervuld die de nieuwe wet voor bezitsverkrijging stelt — zonder meer worden beoordeeld naar de maatstaf genoemd in art. 3:118 BW dat een uitwerking is van art. 3:11 BW, en mede — voor zover van toepassing — aan de hand van art. 3:23 BW dat betrekking heeft op registergoederen. Deze bepalingen geven immers weer hetgeen vóór de inwerkingtreding van het huidige BW reeds gold. (Zie voor art. 3:11 (art. 3.1.1.12) Parl. Gesch. Boek 3, p. 104 e.v. en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1027 e.v. Zie voor art. 3:118 (art. 3.5.12) Parl. Gesch. Boek 3, p. 443 e.v. En zie voor art. 3:23 (art. 3.1.2.6) Parl. Gesch. Boek 3, p. 129 e.v. en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1095.)

Volgens de maatstaf van art. 3:118 lid 1 BW is een bezitter te goeder trouw wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen. Men zou ook kunnen zeggen dat de bezitter te goeder trouw is als hij verschoonbaar dwaalt omtrent een hem toekomend recht. Strikt genomen is de bepaling van art. 3:118 lid 1 BW overbodig naast de meer algemene regel van art. 3:11 BW, dat bepaalt dat goede trouw ontbreekt wanneer iemand de feiten of het recht waarop zijn goede trouw betrekking heeft kende of in de gegeven omstandigheden had behoren te kennen, waarbij geldt dat iemand die goede reden had te twijfelen, eveneens kan worden aangemerkt als iemand die de feiten of het recht had behoren te kennen, zelfs indien onderzoek onmogelijk was. De vraag of een bezitter al dan niet te goeder trouw is, hangt daarmee af van de omstandigheden van het geval. Zie Rank-Berenschot, Mon. Nieuw BW, B-7, nr. 65 en Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, 2006, nr. 129. Art. 3:23 BW bepaalt voor registergoederen dat een beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw niet wordt aanvaard wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. Met ‘registers’ in deze bepaling zijn bedoeld de openbare registers en niet het kadaster. Deze bepaling bevat een regel die nader bepaalt wanneer een verkrijger van een registergoed te goeder trouw is in de zin van de bepalingen waarin aan zijn goede trouw bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden, zoals in het bijzonder ook art. 3:99 BW inzake verkrijgende verjaring. Aldus de MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1095.

11.

Moet de vraag of de bezitter zich als rechthebbende beschouwt en redelijkerwijs mocht beschouwen in een geval als het onderhavige worden beoordeeld aan de hand van hetgeen de bezitter wist en redelijkerwijs behoorde te weten op het tijdstip waarop de vereisten die de nieuwe wet stelt voor het verkrijgen van bezit waren vervuld, al verbond het toenmalige recht aan de vervulling niet die gevolgen? Of dient bedoelde vraag te worden beantwoord aan de hand van hetgeen de bezitter wist en redelijkerwijs behoorde te weten op het moment waarop hij ingevolge art. 95 Overgangswet het bezit verkreeg, dat wil zeggen op 1 januari 1992? Naar mijn oordeel dient deze vraag te worden beantwoord in eerstbedoelde zin, zoals het hof ook tot uitgangspunt heeft genomen. Dit strookt immers met art. 95 Overgangswet, dat weliswaar eerst met ingang van 1 januari 1992 gevolgen verbindt aan het eerder vervuld zijn van de voorwaarden die de wet stelt voor bezit, maar dat de vraag of die voorwaarden zijn vervuld wél beoordeelt naar het hetgeen zich vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet heeft voorgedaan. Daarbij past het om ook de kwalificatie van het bezit, als bezit te goeder trouw dan wel bezit niet te goeder trouw, naar dat tijdstip te beoordelen. Dit strookt ook met het tweede lid van art. 3:118 BW dat — eveneens in overeenstemming met hetgeen voorheen gold — bepaalt dat wanneer een bezitter eenmaal te goeder trouw is, hij geacht wordt dat te

blijven. Zie Asser-Mijnsen-De Haan-Van Dam, 2006, nr. 132.

12.

De vraag die aan het hof ter beantwoording voorlag, is de vraag of degene die meende door vestiging een erfdienstbaarheid te verkrijgen doch die de erfdienstbaarheid niet door vestiging heeft verkregen omdat niet is voldaan aan het vereiste van inschrijving van een notariële akte van vestiging, bezitter te goeder trouw van zodanige erfdienstbaarheid kan zijn, en aldus na verloop van tien jaren de erfdienstbaarheid alsnog door verjaring kan verkrijgen. Van Vliet merkt in zijn bijdrage 'Verjaring en erfdienstbaarheid', *NTBR* 2004/5, p. 206 e.v. (p. 210, l.k.) op dat de Hoge Raad zich tot nu toe helaas nog niet heeft hoeven uitlaten over de vraag of vestiging en inschrijving een vereiste is voor bezit te goeder trouw van een erfdienstbaarheid.

In Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels 5*, 2008, nr. 195 wordt onder referte aan art. 3:23 BW aangetekend dat de bezitter van een registergoed de werkelijke situatie veelal zal kennen of althans behoren te kennen bij raadpleging van de openbare registers, zodat bezit te goeder trouw zich bij registergoederen met name zal voordoen indien de vestigingstitel of de akte van vestiging een gebrek vertoont. Daarbij wordt ten eerste verwezen naar Parl. Gesch. Boek 5, p. 261. Daar wordt opgemerkt dat bezit te goeder trouw van het recht van erfdienstbaarheid insluit dat de bezitter in de mening moet hebben verkeerd een recht van erfdienstbaarheid te hebben. Aangezien het recht van erfdienstbaarheid een registergoed is, geldt — zo wordt opgemerkt — daarenboven de regel dat verjaring hier slechts mogelijk is indien het bezit van het recht beantwoordt aan een titel van rechtsverkrijging, ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers, zodat de verjaring hier slechts de functie kan hebben om gebreken te helen van een vestiging door akte en inschrijving, die in het verleden daadwerkelijk plaatsgreep. In genoemd handboek wordt voorts verwezen naar het zojuist genoemde tijdschriftartikel van Van Vliet, onder de aantekening dat daarin ook de uitzonderlijke gevallen worden besproken waarin goede trouw denkbaar is zonder dat er op enig moment een vestigingsakte in de openbare registers is ingeschreven. Van Vliet betoogt (p. 210, l.k.) dat hij niet in het algemeen zou willen aannemen dat het ontbreken van inschrijving van de akte in de openbare registers aan goede trouw in de weg staat. Nu het op de weg van de notaris ligt om de akte te laten inschrijven, lijkt het onjuist — zo betoogt Van Vliet — van de verkrijger van een erfdienstbaarheid te vergen dat hij controleert of de akte ter inschrijving is aangeboden en ook daadwerkelijk is ingeschreven. Zie ook Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, 2006, nr. 632, waarin als voorbeeld van een geval waarin moet worden aangenomen dat sprake is van goede trouw terwijl niet aan het vereiste van inschrijving is voldaan, wordt genoemd een geval dat grote gelijkenis vertoont met de onderhavige casus. Het gaat om het volgende voorbeeld. Een eigenaar van twee huizen, wil één huis overdragen onder voorbehoud van een erfdienstbaarheid van overpad doch dat voorbehoud wordt — zonder dat partijen het beseffen — onvoldoende duidelijk aangegeven in de akte van levering van het huis die vervolgens in de registers wordt ingeschreven. Deze inschrijving betreft derhalve niet mede de erfdienstbaarheid (art. 24 lid 4 Kadasterwet), zodat geen erfdienstbaarheid door vestiging is ontstaan. Betoogd wordt dat de vermeende servituutgerechtigde te goeder trouw zal zijn en zijn servituut door verjaring kan verkrijgen na tien jaren.

13.

Naar mijn oordeel moet onderschreven worden dat in gevallen als zojuist genoemd, degene die meent door vestiging een erfdienstbaarheid te verkrijgen, bezitter te goeder trouw kan zijn hoewel geen vestigingsakte in de openbare registers is ingeschreven. Zou het gaan om een bezitter die meent dat een erfdienstbaarheid kan worden gevestigd zonder inschrijving van een notariële akte van vestiging in de openbare registers, dan kan geen sprake zijn van bezit te goeder trouw. In zodanig geval is sprake van een niet verschoonbare dwaling. Daarvan is

in gevallen als zojuist beschreven evenwel geen sprake. Het gaat hier om gevallen waarin zonder dat partijen het beseffen inschrijving van de notariële akte van vestiging achterwege blijft dan wel de erfdiensbaarheid niet is vermeld in de wel ingeschreven notariële akte. Art. 3:23 BW staat niet in de weg aan het aannemen van goede trouw in gevallen als hier bedoeld. Het gaat hier immers niet om gevallen waarop art. 3:23 BW ziet, nu het niet gaat om een geval waarin de verkrijger beter zou hebben geweten door raadpleging van de registers met het oog op de verkrijging van de erfdiensbaarheid, maar om gevallen waarin de verkrijger ervan uitgaat dat hij door inschrijving van de akte door de notaris een erfdiensbaarheid zal verkrijgen.

14.

Het hof heeft in zijn gewraakte rechtsoverweging 4 bevestigend beantwoord de aan hem voorgelegde vraag of Bouwman c.s. die meenden bij de verkrijging van hun perceel door levering tevens door vestiging een erfdiensbaarheid te verkrijgen doch die deze erfdiensbaarheid niet door vestiging hebben verkregen omdat niet is voldaan aan het vereiste van inschrijving van een notariële akte van vestiging, bezitter te goeder trouw van deze erfdiensbaarheid zijn geworden. Het heeft daartoe overwogen dat Bouwman c.s., van wie gesteld noch gebleken is dat zij over enige juridische scholing beschikten en hadden moeten opmerken dat de in de koopakte genoemde erfdiensbaarheid, kennelijk abusievelijk, niet ook in de latere notariële akte was opgenomen, zich — gelet op de omstandigheden van het geval — ten tijde van de levering van Noordeinde 92 redelijkerwijs bevoegd mochten beschouwen om het litigieuze voetpad krachtens erfdiensbaarheid te gebruiken. Het hof heeft daarbij onder meer in aanmerking genomen dat in de koopakte van 11 augustus 1983 wordt verwezen naar een recht van overpad en is bepaald dat gevestigd worden die erfdiensbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen Noordeinde 92, 90 en 86, dat in de akte van levering van 14 oktober 1983 van Noordeinde 92 aan Bouwman c.s. is bepaald dat er erfdiensbaarheden zijn gevestigd, waartoe in die akte verwezen wordt naar een, kennelijk eerder op dezelfde datum, verleden akte, en voorts dat uit de stukken genoegzaam is gebleken dat het niet opnemen van de kennelijke wens van De Jong en Bouwman c.s. destijds om de litigieuze erfdiensbaarheid te vestigen, is terug te voeren op een — destijds niet door De Jong of Bouwman c.s. opgemerkte — nalatigheid van de betrokken notaris.

15.

's Hofs oordeel dat het bezit van Bouwman c.s. moet worden gekwalificeerd als bezit te goeder trouw, geeft tegen de achtergrond van het eerder vooropgestelde niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting; 's hofs oordeel is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Het middel loopt in al zijn onderdelen op het voorgaande vast. Ik volsta hier verder dan ook met een enkele opmerking over de afzonderlijke middelonderdelen. Het hof heeft het bezit en de goede trouw van Bouwman c.s. terecht beoordeeld naar de situatie van oktober 1983. Het hof heeft niet miskend dat de verwachting eigenaar te worden onvoldoende is voor goede trouw. Het hof heeft kennelijk aan de huurovereenkomst zoals die gold tussen Bouwman c.s. en De Jong gerefereerd om daarmee aan te geven hoe de situatie ter plaatse was. Daarmee heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of van een onbegrijpelijk oordeel. Van een miskenning van de bewijskracht van authentieke akten is geen sprake. Het hof heeft evenmin miskend dat goede trouw een 'geobjectiveerd criterium' is. Het heeft geoordeeld dat gesteld noch gebleken is dat Bouwman c.s., die niet hebben opgemerkt dat de in de koopakte genoemde erfdiensbaarheid niet ook in de latere notariële akte was opgenomen, hadden moeten opmerken dat de in de koopakte genoemde erfdiensbaarheid niet ook in de latere notariële akte was opgenomen. Bij de vraag of sprake is van bezit van de erfdiensbaarheid te goeder trouw gaat het niet om de vraag wat uit het Kadaster opgemerkt had kunnen worden. Het hof heeft geoordeeld en ook kunnen oordelen

dat Bouwman c.s. niet hadden hoeven opmerken dat in de litigieuze akte van vestiging niet de door Bouwman c.s. ingeroepen erfdienstbaarheid van overpad was opgenomen. Het hof mocht daarbij in aanmerking nemen dat Bouwman c.s. niet over enige juridische scholing beschikten.

Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het beroep.

Naar boven

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Bouwman heeft bij exploit van 26 april 2004 Rodewijk gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd, kort gezegd,

- primair, Rodewijk te bevelen om binnen een maand na betekening van het in deze te wijzen vonnis mee te werken aan het verlijden van een notariële akte ten overstaan van mr. Zuidhof, notaris, in welke akte een zakelijk recht van overpad wordt gevestigd ten behoeve van Noordeinde 92 te Roelofsarendsveen en ten laste van de aan Rodewijk toebehorende zaak Noordeinde 86 te Roelofsarendsveen, onder de in de dagvaarding genoemde bepalingen en bedingen,

- subsidiair, Rodewijk te verbieden de op de Noordeinde 86 gelegen buurweg voor Bouwman af te sluiten danwel Bouwman op enige wijze te belemmeren om vanaf Noordeinde te komen en gaan naar Noordeinde 92, zulks op verbeurte van een dwangsom van € 500 per dag, een gedeelte van de dag als een gehele te rekenen dat Rodewijk handelt in strijd met dit verbod en

- meer subsidiair, aanwijzing van het thans op Noordeinde 86 gelegen overpad als noodweg voor Bouwman om te gaan van en te komen naar Noordeinde 92.

Eiser heeft de vorderingen bestreden en, in reconventie, gevorderd, kort gezegd,

- Bouwman hoofdelijk te veroordelen geen gebruik te maken van de grond van Rodewijk, te weten de grond behorende bij Noordeinde 86, en veroordeling van Bouwman om zich te verwijderen en verwijderd te houden van de grond van Rodewijk, op straffe van een dwangsom van € 500 per keer dat Bouwman in gebreke blijft aan dit vonnis te voldoen, en

- Bouwman hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Rodewijk van een bedrag van € 5.000, althans een in goede justitie te bepalen schadevergoeding, wegens gebruik van de grond van Rodewijk vanaf 1992 tot op heden.

De rechtbank heeft, na bij tussenvonnis van 7 juli 2004 een comparitie van partijen te hebben gelast, bij eindvonnis van 6 juli 2005 in conventie de vordering afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank Bouwman veroordeeld geen gebruik te maken van het pad behorende bij Noordeinde 86, op straffe van een dwangsom van € 500 per keer dat Bouwman in gebreke blijft aan dit vonnis te voldoen vanaf de 15e dag na betekening van dit vonnis, tot een maximum van € 10.000, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen het eindvonnis heeft Bouwman hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 25 oktober 2007 heeft het hof het vonnis van de rechtbank rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de primaire vordering van Bouwman alsnog toegewezen.

Het hof heeft voorts het meer of anders door Bouwman gevorderde afgewezen en de vordering van Rodewijk afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Rodewijk beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Bouwman heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) In 1983 was J.A. de Jong eigenares van Noordeinde 86 te Roelofsarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192) alsmede van Noordeinde 92 te Roelofsarendsveen (eveneens kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192). Bouwman huurde toen Noordeinde 92 van De Jong.
- (ii) Bij overeenkomst van 11 augustus 1983 heeft De Jong Noordeinde 92 aan Bouwman verkocht. In de koopovereenkomst is onder meer de volgende bepaling opgenomen: ‘(...) Gevestigd worden de volgende erfdienstbaarheden: Aan de zuidzijde looppad over en weer om te komen en te gaan naar de weg (Noordeinde) en de achterliggende tuin. Aan de noordzijde mag de dichtgemaakte sloot tussen de percelen K 192 en K 187 nooit bebouwd worden, er ligt recht van weg ten gunste van perceel 002 en recht van overpad voor de eigenaars en opvolgende eigenaars van perceel K 192. Tevens die erfdienstbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen Noordeinde 92, 90 en 86, welke door genoemde notaris (...) zullen worden geredigeerd (...)’.
- (iii) Noordeinde 92 is bij notariële akte van 14 oktober 1983 aan Bouwman geleverd. In die akte (waarin met ‘comparante sub I’ De Jong en met ‘comparanten sub II’ Bouwman wordt bedoeld) staat, voor zover van belang, onder meer:
‘(...) De comparante sub I verklaarde te hebben verkocht en bij deze in eigendom over te dragen aan de comparanten sub II, die verklaarden te hebben gekocht en in eigendom, ieder voor de onverdeelde helft, te aanvaarden:
-het woonhuis met ondergrond, schuur en tuin, liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 92, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte (...) van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192. (...) De comparanten verklaarden tevens dat zij voor speciale bepalingen en erfdienstbaarheden verwijzen naar een acte van overeenkomst en vestiging erfdienstbaarheden, heden voor mij, notaris, verleden. (...)’
- (iv) Eveneens op 14 oktober 1983 is ten overstaan van dezelfde notaris door De Jong als eigenares van Noordeinde 86, W.C. van Veen en J.H.C. ter Napel (verder in enkelvoud: Van Veen) als eigenaren van Noordeinde 90 te Roelofsarendsveen (kadastraal bekend als gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192) en Bouwman als eigenaar van Noordeinde 92 een akte opgesteld met betrekking tot het vestigen van erfdienstbaarheden op de betrokken percelen (hierna: de vestigingsakte). In de vestigingsakte (waarin met ‘comparante sub I’ De Jong, met ‘comparanten sub II’ Van Veen en met ‘comparanten sub III’ Bouwman wordt bedoeld) staat, voor zover van belang, het volgende:
‘(...) De comparanten verklaarden:
-dat de comparante sub I eigenaresse is van:
A. het woonhuis met verdere toebehoren en tuinland, liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 86/4 en kadastraal bekend gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, (...) met uitzondering van de hierna sub B. en C. te melden onroerende goederen;
-dat de comparanten sub II eigenaren worden van:
B. 1. het woonhuis (...) liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 90, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte (...) van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192;
2. een perceel tuinland, liggende ten westen van het hierna sub C. te melden

- onroerende goed (...);
- dat de comparanten sub III eigenaren worden van:
- C. het woonhuis (...) liggende te Roelofsarendsveen aan het Noordeinde 92, zijnde een ter plaatse kennelijk afgescheiden gedeelte, (...) waarvan de westgrens wordt bepaald door de westzijde van de huidige in de grond gelegen drainage, van het kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192.
- De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen:
- (...)
4. Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis, Noordeinde 90 en ten laste van het sub B. 1 en 2. en C. gemelde onroerende goederen de erfdienstbaarheid van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed.
5. Ten behoeve van het sub B. 1. gemelde onroerende goed en ten laste van het sub C. gemelde onroerende goed de erfdienstbaarheid van voetpad liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub B.2. gemelde onroerende goed.'
- (v) Op 12 juli 1984 heeft De Jong Noordeinde 86 verkocht aan Van Veen. Bij notariële akte van 5 oktober 1984 is Noordeinde 86 aan Van Veen geleverd.
- (vi) Op 17 maart 1992 hebben Van Veen en Rodewijk een overeenkomst gesloten tot verkoop van Noordeinde 86 aan Rodewijk. Bij notariële akte van 1 juni 1992 is Noordeinde 86 aan Rodewijk geleverd. Deze akte houdt, voor zover van belang, het volgende in:
- ‘(...) Omschrijving erfdienstbaarheden. Kwalitatieve bedingen en/of bijzondere verplichtingen
- Met betrekking tot bekende erfdienstbaarheden (...) wordt verwezen naar gemelde aankomsttitel, waarin woordelijk staat vermeld:
- ‘De comparanten verklaarden nog dat zij voor bestaande erfdienstbaarheden en speciale bepalingen verwijzen naar een akte van overeenkomst en vestiging erfdienstbaarheden, op veertien oktober negentienhonderd drie en tachtig voor mij, notaris verleden (...) waarin onder meer staat vermeld:
- ‘4.Ten behoeve van het sub A. gemelde onroerende goed voorzover liggende ten oosten van het woonhuis Noordeinde 90 en ten laste van het sub B.1. en 2. en C. gemelde onroerende goed de erfdienstbaarheid van voetpad, liggende aan de zuidzijde van het gehele kadastrale perceel gemeente Alkemade, sectie K, nummer 192, om te komen van- en te gaan naar het sub A. gemelde onroerende goed, voorzover liggende ten westen van het sub B.2. gemelde onroerende goed.’
- (...)
- en naar een koopakte op twaalf juli negentienhonderd vier en tachtig verleden voor mij, notaris (...) waarin onder meer staat vermeld:
- ‘De comparanten verklaarden het volgende te zijn overeengekomen en/of te vestigen:
- (...)
- De comparanten verklaarden bij deze te vestigen ten behoeve van het bij deze akte verkochte gedeelte van gemeld kadastrale perceel `nummer 192 en ten laste van het aan de verkoopster verblijvende gedeelte van gemeld kadastrale perceel `nummer 192, de hiervoor onder ‘4’ aangehaalde erfdienstbaarheid van voetpad om te komen van- en te gaan naar Noordeinde’
- (...)
- (vii) In 2003 is tussen Bouwman en Rodewijk verschil van mening ontstaan over de vraag of

Bouwman een recht (erfdienstbaarheid) van overpad had verkregen met betrekking tot het gedeelte van het voetpad dat eigendom is van Rodewijk.

3.2.

In dit geding hebben partijen over en weer vorderingen ingesteld als hiervoor onder 1 vermeld. In cassatie spitst het geding zich erop toe of Bouwman door verjaring als bedoeld in art. 3:99 BW, een recht van overpad heeft verkregen met betrekking tot het voetpad. De rechtbank heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat aanwezigheid van de daarvoor noodzakelijke goede trouw alleen kan worden aangenomen als de bezitter (Bouwman) zich heeft gebaseerd op een inschrijving van de erfdienstbaarheid in de openbare registers. Van een zodanige inschrijving is in dit geval evenwel geen sprake. Het hof kwam echter, met vernietiging van het vonnis van de rechtbank, tot een ander oordeel op grond van met name het volgende:

‘4. Vast staat dat, vóórdat Bouwman Noordeinde 92 van De Jong kocht, hij Noordeinde 92 van De Jong huurde en van het (gehele) pad (aan de zuidzijde van Noordeinde 86 tot en met 92) — kennelijk met goetvinden van De Jong, de toenmalige eigenares van Noordeinde 86 tot en met 92 — gebruik maakte teneinde te komen en te gaan van — en naar de openbare weg. Voorts staat vast dat in de koopakte van 11 augustus 1983 wordt verwezen naar een recht van overpad voor (onder andere) de eigenaar van het door Bouwman gekochte woonhuis en is bepaald dat gevestigd worden ‘die erfdienstbaarheden die benodigd zijn in verband met de ligging van de 3 woonhuizen — cursivering hof — Noordeinde 92, 90 en 86’. Voorts is in de akte van levering van 14 oktober 1983 van Noordeinde 92 aan Bouwman bepaald, kort gezegd, dat er erfdienstbaarheden zijn gevestigd, waartoe in die akte verwezen wordt naar een, kennelijk eerder op dezelfde datum, verleden akte. Onder deze omstandigheden en mede gelet op de ligging van de woonhuizen Noordeinde 86 tot en met 92 zoals die uit de overgelegde foto's en kadastrale tekeningen blijkt, kon en mocht Bouwman, van wie gesteld noch gebleken is dat hij over enige juridische scholing beschikte en had moeten opmerken dat de in de koopakte genoemde erfdienstbaarheid, kennelijk abusievelijk, niet ook in de latere notariële akte was opgenomen, zich ten tijde van de levering van Noordeinde 92 redelijkerwijs bevoegd beschouwen om het litigieuze voetpad krachtens erfdienstbaarheid te gebruiken en mocht hij zich tevens redelijkerwijs bevoegd achten zijn gebruik van het voetpad — komen en gaan van- en naar de openbare weg — te continueren. Dat in de hiervoor in rechtsoverweging 1.4 geciteerde akte de litigieuze erfdienstbaarheid ten behoeve van het woonhuis van Bouwman niet is vermeld, brengt het hof niet tot een ander oordeel. Hierbij is in aanmerking genomen dat uit de stukken genoegzaam is gebleken dat het niet opnemen van de kennelijke wens van De Jong en Bouwman destijds om de litigieuze erfdienstbaarheid te vestigen, op een — destijds niet door De Jong of Bouwman opgemerkte — nalatigheid van de betrokken notaris is terug te voeren. Hetgeen overigens nog door Rodewijk is aangevoerd, brengt het hof evenmin tot een ander oordeel.’

3.3.

Het tegen dit arrest gerichte cassatiemiddel bevat onder meer de klacht dat het hof de goede trouw van Bouwman ten onrechte heeft beoordeeld met als peildatum 14 oktober 1983 in plaats van 1 januari 1992, en dientengevolge heeft verzuimd het op die datum ingevoerde art. 3:23 BW in zijn beoordeling te betrekken, dat tot een andere beslissing moet leiden. Deze klacht is als volgt toegelicht. Naar het tot 1 januari 1992 geldende recht kon ingevolge art. 593 (oud) BW een erfdienstbaarheid van overpad niet door verjaring worden verkregen. Dit is pas mogelijk geworden met ingang van voormelde datum, omdat in het toen ingevoerde nieuwe Burgerlijk Wetboek de genoemde bepaling is geschrapt. Daarom moet ook de goede trouw die is vereist voor verkrijgende verjaring van een recht van overpad worden beoordeeld naar de stand van zaken op 1 januari 1992. Het belang daarvan is dat art.

3:23 BW, dat met ingang van die datum is ingevoerd, bepaalt dat het beroep van de verkrijger van een registergoed op goede trouw niet wordt aanvaard wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. Omdat voorwaarde voor vestiging van een erfdiensbaarheid is dat de vestigingsakte in de daartoe bestemde openbare registers wordt ingeschreven, en aan deze voorwaarde op geen enkel moment is voldaan, had het hof het beroep van Bouwman op goede trouw niet mogen aanvaarden, aldus nog steeds de toelichting op de klacht.

3.4.

Ingevolge art. 95 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek wordt bezit verkregen op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet, indien de vereisten die de bepalingen van titel 5 van Boek 3 daarvoor stellen, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld, doch het toen geldende recht aan de vervulling niet die gevolgen verbond. Het artikel is als volgt toegelicht (M.v.T. Inv. bij art. 95, Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), blz. 108):

‘Artikel 593 B.W., dat een aantal goederen — de zaken welke niet in de handel zijn en de niet voortdurende en niet zichtbare erfdiensbaarheden — onvatbaar voor bezit verklaart, keert in het nieuwe wetboek niet terug. Zonder bijzondere regel zou onzeker blijven, of en wanneer die goederen volgens de nieuwe wet in het bezit komen van degene die reeds vóór de inwerkingtreding begonnen is daarover de feitelijke macht uit te oefenen. De eerste zin van het artikel lost dit probleem — dat vooral voor de aanvang van de termijn van verjaring van belang is — op door de bezitsverkrijging en het bezitsverlies te laten plaatsvinden op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet (...).’

Uit de formulering van het artikel en dit citaat uit de wetsgeschiedenis vloeit voort dat de beoordeling van de overige eisen die — naast bezit — moeten worden gesteld voor rechtverkrijgende verjaring, meer in het bijzonder de eis van goede trouw, dient plaats te vinden naar het moment waarop daadwerkelijk een zodanige machtspositie ontstond van degene die zich op verjaring beroept met betrekking tot het desbetreffende goed, dat deze met ingang van 1 januari 1992 als bezitter daarvan heeft te gelden. Daarom moet de vraag of het — op zichzelf onbetwiste — bezit van Bouwman van het recht (de erfdiensbaarheid) van overpad te goeder trouw was, worden beantwoord aan de hand van hetgeen hij op 14 oktober 1983 wist of behoorde te weten omtrent de (uitgebleven) inschrijving van de akte van vestiging van de tussen hem en De Jong overeengekomen erfdiensbaarheid.

3.5.

Het oordeel van het hof dat het ‘bezit’ van Bouwman van het recht van overpad op het voetpad op 14 oktober 1983 te goeder trouw was, is in cassatie — terecht — niet bestreden. Art. 3:118 lid 2 BW brengt dan mee dat Rodewijk geen belang heeft bij de klacht over art. 3:23. Ook al zou laatstgenoemde bepaling meebrengen dat het beroep op goede trouw van iemand die na 1 januari 1992 bezit heeft verkregen van een erfdiensbaarheid van overpad, niet kan worden aanvaard als uit de openbare registers blijkt dat geen vestigingsakte is ingeschreven, dan nog zou art. 3:118 lid 2 BW ertoe leiden dat Bouwman geacht wordt te goeder trouw te blijven. Zelfs als de bezitter te goeder trouw ontdekt dat hij geen rechthebbende is, heeft dit niet tot gevolg dat hij niet langer als bezitter te goeder trouw heeft te gelden (zie de T.M. bij art. 3:118: ‘Er zij nog op gewezen, dat het tweede lid het bezit niet te kwader trouw doet worden door de latere ontdekking dat een ander rechthebbende is’; Parl. Gesch. Boek 3, blz. 443); hetzelfde geldt als op een te goeder trouw aangevangen bezit art. 3:23 BW van toepassing wordt. De klacht kan dus niet tot cassatie leiden.

3.6.

Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen. Bij de levering van Noordeinde 92 door De Jong aan Bouwman zou naar de bedoeling van partijen ten behoeve van deze onroerende zaak mede een recht van overpad op het voetpad worden gevestigd. Op 14 oktober 1983 is door de notaris een ‘akte van overeenkomst’ opgesteld met betrekking tot het vestigen van

erfdienstbaarheden op de percelen waarover het betrokken overpad liep. Hoewel ook Bouwman als (toekomstige) eigenaar van Noordeinde 92 hierbij compareerde, is door een fout van de notaris echter niet een recht van overpad op het voetpad ten behoeve van Noordeinde 92 vastgelegd en dus evenmin in de openbare registers ingeschreven. Bouwman heeft het desbetreffende verzuim in de vestigingsakte niet opgemerkt en het hof heeft — in cassatie onbestreden — geoordeeld dat gesteld noch gebleken is dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt. In een zodanig geval staat aan een beroep op goede trouw van degene die, zoals Bouwman, meent het beoogde recht daadwerkelijk te hebben verkregen, niet in de weg dat hij bij latere raadpleging van de registers het verzuim in de vestigingsakte zou hebben opgemerkt.

3.7.

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Rodewijk in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Bouwman begroot op € 374,34 aan verschotten en € 2200 voor salaris.

Met noot van F.M.J. Verstijlen

Naar boven

1.

Een abuis van de notaris op 14 oktober 1983 levert ons zo'n zesentwintig jaar later een richtinggevend arrest op over de verkrijgende verjaring van een beperkt recht.

Bij de verkoop door een rechtsvoorganger van Rodewijk van het Noordeinde 92 te Roelofarendsveen aan Bouwman — op dat moment huurder — wordt overeengekomen dat een veelheid van erfdienstbaarheden zal worden gevestigd ten behoeve en ten laste van het Noordeinde 86, 90 en 92. Eén daarvan betreft een recht van overpad ten behoeve van het Noordeinde 92 en ten laste van het Noordeinde 86 om te komen van en te gaan naar de weg en de achterliggende tuin. Op 14 oktober 1983 wordt het Noordeinde 92 geleverd en worden bij separate akte de verschillende erfdienstbaarheden gevestigd, maar het bedoelde recht van overpad ontbreekt. De vergissing wordt niet opgemerkt. Maar vele jaren lang maakt Bouwman gebruik van het betreffende pad.

Op 1 juni 1992 verkrijgt Rodewijk het Noordeinde 86; in de leveringsakte wordt onder meer verwezen naar de akte van vestiging van erfdienstbaarheden, waarin het recht van overpad dus niet voorkomt. In 2003 ontstaat tussen Rodewijk en Bouwman onmin over het gebruik van het pad, culminerend in aangiften van mishandeling over en weer. Maar het jaar daarop vinden de partijen een meer geschikte manier om hun onderlinge geschillen tot een oplossing te brengen, te weten door deze aan de burgerlijke rechter voor te leggen. In cassatie is nog slechts een beroep op verkrijgende verjaring van Bouwman aan de orde.

2.

Art. 3:99 BW vereist voor de verkrijgende verjaring van registergoederen een onafgebroken bezit te goeder trouw gedurende tien jaar. In het arrest draait het vooral om de goede trouw. Het Hof neemt het bezit opmerkelijk gemakkelijk aan, kennelijk op basis van de vaststelling dat '[n]iet in discussie is dat aan het vereiste van een onafgebroken gebruik van het litigieuze pad gedurende tien jaar na 1 januari 1992 door Bouwman voldaan is' (r.o. 3). Maar gebruik op zichzelf constitueert nog geen bezit. Het gaat erom of de macht over het perceel die in dat gebruik ligt besloten, wordt uitgeoefend als gepretendeerd rechthebbende op een erfdienstbaarheid, te beoordelen naar verkeersopvatting op grond van de uiterlijke feiten en met inachtneming van de regels in art. 3:109 e.v. BW (art. 3:108 BW). Het bezit van een

beperkt recht is doorgaans een moeilijk te nemen horde. Zie laatstelijk HR 10 oktober 2008, *NJ* 2009, 1 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Duijf/Bolt), alsmede specifiek voor erfdiensbaarden HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 501 (Bomenrij) en L.P.W. van Vliet, Verjaring en erfdiensbaardheid, *NTBR* 2004/5, p. 211-213. Maar in casu betreft het een atypische zaak, waarin, naar aan te nemen valt, de rechtsvoorganger van Rodewijk Bouwman in het bezit heeft gesteld van de erfdiensbaardheid c.q. Bouwman het gebruik van het pad heeft gelaten uit hoofde van de vermeende erfdiensbaardheid.

Wat daar van zij, het bezit wordt in cassatie niet aan de orde gesteld.

3.

Rodewijk richt zijn pijlen op 's Hofs aanname dat Bouwman te goeder trouw was. In zijn betoog staat de rol van art. 3:23 BW centraal, gekaderd in een probleem van overgangsrecht. Volgens dat art. 23 is, kort gezegd, een verkrijger van een registergoed niet te goeder trouw ingeval hij onbekend is met feiten die uit de openbare registers blijken. Het overgangsrechtelijke probleem wordt erdoor veroorzaakt dat onder het oude recht bezit van een niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaardheid als de onderhavige volgens art. 593 (oud) BW niet mogelijk was. Art. 95 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek bepaalt dat 'indien de vereisten die de bepalingen van titel 5 van Boek 3 daarvoor stellen, reeds vóór dat tijdstip waren vervuld', het bezit wordt verkregen bij het in werking treden van de wet, dus op 1 januari 1992. Rodewijks betoog houdt in dat de goede trouw dus ook per 1 januari 1992 moet worden vastgesteld. Omdat op dat moment art. 3:23 BW gold, zou Bouwman, nog steeds volgens Rodewijk, niet te goeder trouw zijn omdat uit de registers bleek dat de onverwerpelijke erfdiensbaardheid niet was gevestigd.

De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Art. 95 handelt slechts over bezit en bij de beoordeling van de overige eisen voor verkrijgende verjaring moet aangeknoopt worden naar het moment waarop de machtspositie bestond die met ingang van 1 januari 1992 als bezit geldt. Die verwijzing naar de 'machtspositie' is nodig omdat voor 1992 geen sprake was van bezit waarop de goede trouw normaliter wordt betrokken.

De beslissing lijkt mij terecht. De goede trouw uit art. 3:11 BW kwalificeert een persoon die zich op een bepaald rechtsgevolg wil beroepen. Diens wetenschap (of wat hij moest weten) bij het stellen van (of deelnemen aan) een (rechts)handeling, bepaalt mede diens beschermingswaardigheid ten aanzien van de rechtsgevolgen daarvan. De relevante gedraging is in casu het gaan uitoefenen van de macht over het perceel; de wijziging van de 'technisch-juridische' kwalificatie daarvan die het gevolg was van het verscheiden van art. 593 (oud) BW en de inwerkingtreding van art. 3:107 e.v. BW is daaraan ondergeschikt. Dit geldt te meer nu art. 95, zoals plv. P.-G. De Vries Lentsch-Kostense terecht opmerkt, doelend op de hiervoor geciteerde passage, aanknoopt bij de feiten van vóór de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht.

Omdat het Hof had geoordeeld dat Bouwman ten tijde van de beoogde vestiging te goeder trouw was, doet een latere bekendheid (of bekend moeten zijn) van het niet-ingeschreven zijn van een vestigingsakte aan de goede trouw niet meer af. Volgens art. 3:118 lid 2 BW — dat onmiddellijke werking heeft — geldt de regel: eens bezitter te goeder trouw, altijd bezitter te goeder trouw.

4.

De belangrijkste beslissing is die in het *obiter dictum* in rov. 3.6. Daarin ligt besloten dat ingeval een fout in een vestigingsakte door de beoogde verkrijger onverwijtbaar niet wordt opgemerkt en diens gevolg het betreffende recht niet wordt verkregen, aan goede trouw niet in de weg staat "dat hij bij latere raadpleging van de registers het verzuim in de vestigingsakte zou hebben opgemerkt". Aan te nemen valt dat hetzelfde geldt indien de vestigingsakte door een abuis van de notaris niet in de openbare registers wordt ingeschreven. Vgl. HR 14 december 1906, W. 8472.

5.

De geciteerde passage intrigeert. Het is weinig aannemelijk dat iemand die bij het verlijden van de akte het verzuim niet opmerkt, dat wel zou doen als hij van diezelfde akte kennisneemt nadat deze in de registers is ingeschreven. Het is ook de vraag of dat van belang is of dat uit het enkele ontbreken van een ingeschreven vestigingsakte niet geconcludeerd kan worden dat de mislukte vestiging, in de woorden van het door Rodewijk ingeroepen art. 3:23 BW, 'door raadpleging van de registers [zou] zijn gekend'.

Een 'close reading' leert evenwel dat het arrest om art. 3:23 BW heen laveert. Waar de plv. P.-G. onder 13. van haar conclusie deze bepaling niet toepasselijk acht, laat de Hoge Raad dit in rov. 3.5 in het midden: als art. 3:23 BW al mee zou brengen dat het beroep op goede trouw door een verkrijger na 1 januari 1992 niet kan worden aanvaard, doet dat niet af aan de in casu al in 1983 ontstane goede trouw. In rov. 3.6, waar de kwestie in algemene zin wordt behandeld, verwijst de Hoge Raad helemaal niet meer naar art. 3:23 BW maar stelt hij dat aan het beroep op goede trouw niet afdoet dat het verzuim bij latere raadpleging van de registers zou zijn opgemerkt. Is die beslissing nu evenzeer een toepassing van art. 3:118 lid 2 BW, acht de Hoge Raad art. 3:23 BW niet toepasselijk of acht hij art. 3:23 BW wel toepasselijk maar doet die bepaling om een andere reden niet af aan de goede trouw?

Ik voel voor de redenering van de plv. P.-G. Art. 3:23 BW geeft een (minimum)onderzoeksplicht voor de verkrijger van een registergoed. De (aspirant)verkrijger die nalaat onderzoek te (laten) verrichten, wordt niet beschermd tegen eerder ingeschreven feiten. Het artikel behelst geen onderzoeksplicht ten aanzien van de eigen verkrijging. Anders gezegd, art. 3:23 BW beschermt de eerdere rechthebbende te wiens behoeve is gepubliceerd tegen een latere (pretense) verkrijger (Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, 12e druk, 2006, nr. 69); niet een latere verkrijger tegen een eerdere bezitter.

6.

De goede trouw van de bezitter wordt doorgaans afgemeten naar het moment van bezitsverkrijging (maar kan, al is dat hoge uitzondering, ook gedurende het bezit intreden). De overgangsrechtelijke kwestie die in de berechte casus zelf aan de orde is en waar het peilmoment vóór de bezitsverkrijging wordt gelegd, is in het obiter dictum niet aan de orde. Het bezit wordt in gevallen als het onderhavige evenwel niet verkregen op het moment van het verlijden van de akte, welk moment in de redenering van de Hoge Raad centraal staat. Naar aangenomen moet worden, kan de verkrijger ten minste geacht worden te weten dat hij eerst rechthebbende wordt bij inschrijving van de akte; de verlijdende notaris zal hem op de hoogte (moeten) stellen dat hij eerst bij inschrijving eigenaar wordt, eventualiteiten als een faillissement daargelaten. Hetzelfde geldt voor de verkoper, die bovendien geen afscheid van zijn eigendom zal willen nemen voordat duidelijk is dat hij de koopsom zal kunnen incasseren, hetgeen doorgaans niet vóór de inschrijving het geval is. Ook indien de verkrijger meteen bij of na het verlijden van een akte het gebruik van de zaak verkrijgt, zal dat geen bezit opleveren maar moeten worden begrepen als gebruik op basis van een obligatoire afspraak om voorafgaand aan de verkrijging reeds over het betreffende goed te kunnen beschikken. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, 12e druk, 2006, nr. 372 en *Mon. Nieuw BW* B-7 (Rank-Berenschot), nr. 99. Kennelijk anders: MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 410 en p. 444, maar genuanceerder op p. 450. Art. 3:110 en 111 BW staan er dan aan in de weg dat bezit wordt verkregen. Eerst na (ontvangst van bericht van) een (probleemloze) inschrijving van de akte (of het uitblijven van een andersluidend bericht) zal de rechtsverhouding tussen partijen wijzen op bezit van de verkrijger.

Ik begrijp de redenering van de Hoge Raad aldus dat de verschoonbare dwaling ten tijde van het verlijden van de akte goede trouw oplevert ten tijde van de latere bezitsverkrijging, ook wanneer de werkelijke rechtstoestand na inschrijving uit de registers blijkt. Maar, zo meen ik, indien de verkrijger tussen het moment van het verlijden van de akte en de bezitsverkrijging

alsnog van de misslag op de hoogte komt, doet dat wél af aan diens goede trouw.

7.

Wat indien art. 3:23 BW wél van toepassing is? Mijns inziens kan dan niet eenzelfde redenering worden gevolgd als in het onderhavige arrest. Indien bijvoorbeeld een notaris een erfdiensbaardheid in de registers over het hoofd ziet en nalaat deze in de transportakte te vermelden en de misslag door de verkrijger niet wordt opgemerkt, is hij daarom nog niet te goeder trouw; zelfs al treft hem daar menselijkerwijs evenmin een verwijt voor als Bouwman in het berechte geval. Hetzelfde geldt voor de verkrijger van een perceel dat is belast met een nogal ingewikkeld opgeschreven erfdiensbaardheid, die uit de toelichting van de notaris niet heeft begrepen of hoeven begrijpen dat een erfdiensbaardheid bestond of wat die inhield. De bescherming die art. 3:23 BW aan de eerdere rechthebbende biedt, is niet afhankelijk van de vraag of het register daadwerkelijk is geraadpleegd en of de eerdere feiten daadwerkelijk zijn ontdekt. Het gaat erom of een voldoende zorgvuldig en voldoende deskundig iemand de feiten door raadpleging van de registers zou kennen. Vgl. de Toelichting-Meijers, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 129 volgens welke — slechts — de zorgvuldige raadpleger de dans ontspringt indien een inschrijving in onoverzichtelijk bijgehouden registers niet wordt opgemerkt.

Voetnoot

[2.]

Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg, productie 1

[3.]

Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg, productie 2 — akte van levering van 14 oktober 1983

[4.]

Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg productie 3 en akte hoger beroep 28 juli 2005, productie 1 — akte erfdiensbaardheden 14 oktober 1983

[5.]

Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg productie 3 en akte hoger beroep 28 juli 2005, productie 1 — akte erfdiensbaardheden 14 oktober 1983

[6.]

Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10

[7.]

Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6

[8.]

HR 27 september 1996, *NJ* 1997/496 inzake Dilweg/van den Besselaar

[9.]

HR 10 december 1976 *NJ* 1977/408 inzake Mulder/Aartsen

[10.]

HR 10 december 1976 *NJ* 1977/408 inzake Mulder/Aartsen

[11.]

HR 20 februari 1987, *NJ* 1987/1002 inzake Goedhart/Van den Berg

[12.]

Bouwman, memorie van grieven § 4

[13.]

Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg, productie 1

[14.]

Voor wat betreft Rodewijk: Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6

[15.]

Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg, productie 2 en 3

- [16.] Behoudens overgangsrecht, dat hier een rol speelt.
- [17.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6.
- [18.] HR 9 december 2000 *NJ* 2001, 350 inzake Eelder Woningbouw/Van Kammen
- [19.] Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg, productie 2 — akte van levering van 14 oktober 1983; Bouwman, dagvaarding in eerste aanleg productie 3 en akte hoger beroep 28 juli 2005, productie 1 — akte erfdienstbaarheden 14 oktober 1983
- [20.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6
- [21.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6
- [22.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6.
- [23.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6.
- [24.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6.
- [25.] Voor wat betreft Rodewijk, onder andere Rodewijk, conclusie van antwoord, § 10; Rodewijk, memorie van antwoord, § 5 en 6.
- [26.] Bouwman, memorie van grieven, § 3

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 09-02-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.